

Våldtäkten, patriarkatet och samhällsideologin

En kritisk analys av praxis i Tingsrätten

Av Mikael Åhman

20 – p. – uppsats i tillämpade studier vid Juridiska Institutionen/Göteborgs Universitet HT 02

Mikael Åhman
Handledare Mats Glavå
Göteborg 030519

Våldtäkten, patriarkatet och samhällsideologin

En kritisk analys av praxis i Tingsrätten
Av Mikael Åhman

Innehållsförteckning

1.	Inledning	3
1.1.	Bakgrund	3
1.1.1.	Allmänt	3
1.1.2.	Den historiematerialistiska radikalfeminismen	4
1.2.	Syfte	6
1.2.1.	Rättsvetenskapens allmänna syfte	6
1.2.2.	Föreliggande uppsats specifika syfte	8
1.3.	Normativa och deskriptiva utsagor	10
1.4.	Metod	13
1.4.1.	Primär källforskning	13
1.4.2.	Metodologiska problem	14
1.5.	Avgränsningar	15
2.	Uppsåtsbedömningen	17
2.1.	Direkt, indirekt och eventuellt uppsåt	17
2.2.	Sannolikhetsuppsåt och vårdslöshet	18
2.3.	Uppsåt rörande sexualbrott	19
2.4.	Uppenbart uppsåt	20
2.5.	Dolus von Seth	22
2.6.	Direkt och indirekt uppsåt till sexualbrott – sedvanligt uppsåt	24
2.7.	Eventuellt uppsåt till sexualbrott	33
2.8.	Delsammanfattning uppsåtsbedömningen	35
3.	Bevisvärderingen	37
3.1.	Två typer av bevisproblem	37
3.2.	Överfallsbrott	38
3.3.	Inomrelationellt sexuellt våldförande	40
3.4.	Delsammanfattning bevisvärderingen	46
4.	En förklaringsmodell	48
4.1.	Den samlade effekten	48
4.2.	Det allmänna behovet av en ny förståelse av rätten	49
4.3.	Rättspositivismens misslyckande	50
4.4.	En historiematerialistiskt radikalfeministisk modell	51
4.5.	Kort historik	52
4.6.	Längre tillbaka	54
4.7.	Delsammanfattning förklaringsmodellen	55

5.	Sammanfattning och slutsats	57
5.1.	Frekventa diskrepanser	57
5.2.	Något om vårdslösa våldtäkter	57
5.3.	Slutord – förslag till ny paragraf	58
6.	Källförteckning	59
6.1.	Lagtext och förarbeten	59
6.2.	Domar från Högsta Domstolen	59
6.3.	Domar från Hovrätten	59
6.4.	Refererade Tingsrättsdomar	60
6.5.	Icke refererade Tingsrättsdomar	60
6.6.	Litteratur	61
6.7.	Tidskrifter	64
6.8.	Övrigt	64

1. Inledning

1.1. Bakgrund

*"Kvinnor lever i den sexuella objektifieringen på samma sätt som fiskar lever i vatten"*¹

1.1.1. Allmänt

*"Brottsförebyggande verksamhet har institutionaliserats som en del av den politiska retoriken och den allmänna straffrättsliga verksamheten. Att kritisera den på en politisk nivå innebär att man utmanar den underliggande nyliberala rationalitet som utgör hörnstenen i samhällsideologin."*²

Det finns många skäl att sysselsätta sig med juridisk forskning, eller juridik över huvud taget.³ Varför andra gör det vet jag inte, men *jag* gör det för att jag upprörs över orättvisor och förtryck. Få brott torde, enligt min mening, innebära mer förnedring för offret än att utsättas för ett sexualbrott. Få brott torde heller innebära högre grad av livslångt lidande för offrets vidkommande. Således är, enligt min mening, få gärningar och beteenden lika viktiga att bekämpa som dem våldtäktsmännen utför. (I den fortsatta framställningen kommer jag att använda epiteten 'han' rörande gärningsmannen och 'hon' när jag skriver om offret, när jag resonerar i allmänna ordalag. Även om brotten våldtäkt och sexuellt utnyttjande är formellt juridiskt könsneutrala, och även om det i och för sig är praktiskt möjligt med vilken könsrelation som helst i relationen gärningsman/offre, så ligger den praktiska sociala problematiken i att män våldtar/utnyttjar kvinnor. I det empiriska material jag använder är det 100 % män som står inför rätta, och avseende offren förekommer manliga sådana endast när det är fråga om pedofila övergrepp mot barn (vilket är en fråga jag avgränsar bort, se nedan 1.5. *Avgränsningar*.) Att i den situationen använda könsneutrala begrepp som 'brottslingen' och 'offret' riskerar att dölja den *faktiska* könsmaktsstruktur som ligger till grund för brotten (se även nedan 1.1.2. *Den historiematerialistiska radikal feminismen*.)

Enligt allmänna föreställningar, så som jag uppfattat dem, är den typiske våldtäktsmannen i någon mån sexuellt 'avvikande'⁴ så tillvida att han får en sexuell 'kick' av att använda våld och/eller tvång mot kvinnor och/eller barn. Något tillspetsat är den typiske våldtäktsmannen enligt denna föreställning ett sexuellt depraverat monster. Problemet med denna allmänna föreställning är att den förutsätter att 'icke avvikande' (dvs. definitionsmässigt 'normala' män) *inte* blir sexuellt stimulerade av sexuellt våld eller tvång. Denna dolda förutsättning är, minst sagt, aningen diskutabel, "[m]ed tanke på den höga frekvensen av kvinnomisshandel i Sverige [...] behöver män inte vara 'avvikande' för att njuta av sexuellt våld."⁵

Föreställningen om den typiske våldtäktsmannen som sexuellt 'avvikande' är ett problem av två skäl. För det första döljer den förekomsten av ett utbrett socialt fenomen (fenomenet manlig sexuell dominans) på så sätt att den enskilda våldtäkten ses som en gärning utförd av en kriminell 'dårfink' snarare än som ett symptom på ett samhälleligt fenomen. För det andra, vilket i det enskilda fallet är desto allvarigare, påverkar föreställningen rimligtvis domstolen i den dömande verksamheten. Om våldtäktsmannen uppfattas som ett sexuellt depraverat monster blir benägenheten rimligtvis lägre att döma en tämligen normal 'medelsvensson' som skyldig till ett så groteskt brott som våldtäkt. Därigenom kommer en rad beteenden från mannens sida att sanktioneras av domstolen såsom något annat än våldtäkt. Möjligtvis kan

¹ MacKinnon Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State* s 149 (egen översättning.)

² Bradley Trevor & Walters Reece, *The managerialization of crime prevention and community safety*, citerad enligt *Crime Prevention and Community Safety* redigerad av Hughes Gordon m.fl. s 255 (egen översättning.)

³ Ekelöf Per Olof och Boman Robert, *Rättegång* första häftet s 165.

⁴ Lasker Pia, *Sexualitet och makt*, refererad enligt *Anarkistisk tidskrift* nr 10.

⁵ Kram Ebon, refererad enligt Elman Amy, *Sexualpolitik och utredningar*, citerad enligt *Sexuella övergrepp mot kvinnor och flickor*, redigerad av Beausang Angela s 15.

ifrågavarande beteenden och gärningar i och för sig anses kriminella av domstolen på någon annan grund; närmast till hands ligger brotten sexuellt ofredande, olaga hot eller olaga tvång, men de två senare brottsbeteckningarna är könsneutrala i ovan nämnd betydelse (döljer könsmaktsstrukturen) och för alla tre brott gäller att de har avsevärt lägre straffsatser än brotten våldtäkt och grovt sexuellt utnyttjande, och straffsatsen återspeglar i någon mån hur förkastligt beteendet anses vara.⁶ Med andra ord riskerar det (möjligen) straffbelagda beteendet att sanktioneras i det allmänna rättsmedvetandet såsom 'inte så allvarligt.' Detta sanktionerande innebär givetvis i sin förlängning en överhängande risk för ett ytterligare befästande av den manliga sexuella dominansen som samhällelig norm.

Det ovan förda resonemanget är givetvis bara relevant om det går att visa att domstolspraxis är att frikänna gärningsmän som gjort sig skyldiga till beteenden som i någon normativ mening *borde* bestraffas. Resonemanget är rimligtvis, rent allmänprincipiellt, applicerbart på alla *borderline – brottsliga* beteenden (gärningar som ligger i gråzonen mellan lagligt och kriminaliserat beteende) men för den här uppsatsens vidkommande räcker det att förhålla sig till effekterna rörande sexualbrott. Någon borde alltså undersöka saken. I egenskap av historiematerialist och radikalfeminist avser jag att med denna uppsats göra just det..

1.1.2. Den historiematerialistiska radikalfeminismen

*"Genom att bortse från den 'historiska, kulturella och ideologiska' kontext inom vilken genus cirkulerar – den heterosexuella föreställningen – blir feministiska teorier om genus inte bara motsägelsefulla, de lämnar dessutom heterosexualiteten som det okommenterade grund på vilket genus beror."*⁷

Att jag är historiematerialist och radikalfeminist kommer givetvis att präglade uppsatsens modell och mål. Detta utvecklas närmare under punkten 1.2.2. *Föreliggande uppsats specifika syfte* men redan här är det på sin plats att komma med några klargörande påpekanden.

Som historiematerialist betraktar jag det som en given förutsättning för *all* vetenskaplig verklighetsförståelse att den kollektiva samhällsmoralen är en funktion av de ekonomiska strukturerna på övergripande nivå. Det är, som det brukar uttryckas, människans varande som formar hennes tänkande, basen som styr överbyggnaden. Det innebär däremot *inte på något vis* att jag underkänner värdet eller behovet av individuella etiska överväganden. Tvärtom, doktorn i morallära Cornel West har visat att den historiematerialistiska verklighetsförståelsen leder till insikten att individuella etiska överväganden blir *ännu* viktigare.⁸ Om de övergripande etiska normerna inte är naturgivna utan sociala konstruktioner kan de nämligen göras till föremål för människors mer eller mindre medvetna val; de bakomliggande moraliska imperativ som ligger till grund för de direkt handlingsdirigerande normerna kan, för att inte säga bör, *även de* granskas kritiskt och i mån av behov revideras. I en historiematerialistisk kontext, menar Cornel West, *utökas* individens etiska ansvar (jämfört med förhållandet i en idealistisk kontext) till att inte bara inkludera *personlig efterlevnad* av de kollektiva normerna, utan till att även inkludera *det gemensamma skapandet av materiella förutsättningar* för mer etiskt högtstående kollektiva normer. Individens ansvar i en historiematerialistisk diskurs inkluderar helt enkelt såväl privatmoral som metaetik.

All feministisk rättsvetenskaplig forskning har till "uppgift att dekonstruera rättens naturalistiska och genusblinda diskurs genom att ständigt avslöja den kontext i vilken rätten skapats och genom att dra paralleller med livets övriga sociala områden."⁹ Låt oss för ett

⁶ Zila Josef & Jareborg Nils, Straffrättens påföljdslära s 65 ff.

⁷ Ingraham Chrys, The Heterosexual Imaginary: Feminist Sociology and Theories of Gender, citerad enligt Queer Theory/Sociology, redigerad av Seidman Steven s 177 (egen översättning.)

⁸ West Cornel, The Ethical Dimensions of Marxist Thought

⁹ Smart Carol, Feminism and the Power of Law s 88 (egen översättning.)

ögonblick bortse från frågan om rätten verkligen kan sägas 'skapas' dvs 'existera' och fokusera på frågan om de könsförtryckande strukturerna och hur man skall förhålla sig till dem. Radikalfeminismen, eller den "omodifierade feminismen,"¹⁰ har vissa teoretiska ansatser som, enligt min mening, gör den bättre lämpad för rättsvetenskaplig forskning än liberalt (däribland postmodernistiskt) orienterade feministiska strömningar. *För det första* har radikalfeminismen en förklaringsmodell av könsförtryckets uppkomst som är historisk (i motsats till den postmodernistiska feminismen som närmast är ahistorisk dvs ignorerar frågan) vilket gör det möjligt att knyta an eventuella forskningsresultat till den (i marxistisk mening) materiella verkligheten. Detta sammanhänger med att radikalfeminismen *för det andra* betonar det *strukturella och på materiella omständigheter* grundade maktförhållandet mellan könen. Den materiella omständigheten ('basen' med marxistiskt språkbruk) är den mer eller mindre fria tillgången till kvinnans sexualitet; den strukturella problematiken ('överbyggnaden') är de patriarkala sexuella ideologierna¹¹ som vanligen är intimt sammanlänkade med den s.k. *heterosexuella föreställningen*, eller samhällsnormen.

Den postmodernistiska feminismen har i och för sig en del nyttigt att tillföra den allmänna feministiska analysen, som t.ex. att "'kvinnan' inte är ett entydigt begrepp utan flera; vi förstår 'kvinnan' utifrån hennes multipla (diskursiva) manifestationer"¹² men eftersom den *inte* intresserar sig för frågan om patriarkatets uppkomst och *inte heller* på något avgörande sätt knyter an till den materiella verkligheten blir den postmodernistiska feminismen med nödvändighet liberalt idealistisk, dvs den söker förklaringar till sociala fenomen i huvudet på samhällsmedborgarna.¹³ Detta är givetvis en direkt följd av att postmodernismen, rent allmänt, "gör anspråk på idealismens absoluta seger, emedan den materiella och ekonomiska basen förpassas till historiens skräphög och endast språket återstår."¹⁴ Att den postmodernistiska feminismen därmed blir oförenlig med ett historiematerialistiskt perspektiv på rätten som samhällelig företeelse är i sammanhanget ett mindre problem. Det stora problemet är att den postmodernistiska rättsvetenskapen får ett komplicerat förhållande till *den konkret tillämpade rätten*. , Om *Critical Legal Studies* – rörelsen, som enligt min mening är att betrakta som föregångare till den postmodernistiska rättsvetenskapen,¹⁵ har det sagts att "CLS-anhängarna kritiserar inte främst lagens innehåll, tvärtom tycks de ibland nästan vara ointresserade av detta innehåll. Vad CLS-anhängarna vänder sig mot är det kunskapsteoretiska paradigm som rättspositivister använder när de tolkar gällande rätt."¹⁶ Enligt min mening är detta symptomatiskt för den postmodernistiska forskningen generellt, med fokus på *förståelsen och tolkningen* av studieobjektet, snarare än studieobjektet själv, blir det svårt att konkret förhålla sig till reella sociala skeenden. Vill man däremot förhålla sig till, kanske t.o.m. föreslå förändringar av, den konkreta verkligheten (i juridiska sammanhang förstådd som lagstiftningen och dess tillämpning) förefaller det således, enligt min mening, nödvändigt att avfärda den postmodernistiska feminismens rättsvetenskapligt teoretiska ansatser. Postmodernistisk feminism kanske har sin plats. Den platsen är i så fall någon annanstans än inom rättsvetenskapen.

¹⁰ MacKinnon Catharine A., *Feminism Unmodified*.

¹¹ MacKinnon Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*.

¹² Patterson Dennis, *Postmodernism/Feminism/Law*, citerad enligt *Postmodernism and Law*, redigerad av Patterson Dennis s 361 (egen översättning.)

¹³ Stable Carol A., *Postmodernism, Feminism, and Marx: Notes from the Abyss*, refererad enligt *In Defense of history – Marxism and the Postmodern Agenda*, redigerad av Wood Ellen Meiksins och Foster John Bellamy s 135 - 149.

¹⁴ Stable Carol A., a. a. s 137 (egen översättning.)

¹⁵ Se även Davies Margaret, *asking the law question* s 143 - 166.

¹⁶ Munck David, *Postmodern juridik – Nej tack! – om lagars tolkning och godtycklig rättslöshet*, Röda Rummet nummer 3-4/2002 s 9.

1.2. Syfte

*"[R]ättsvetenskapens huvuduppgift [måste] vara att beskriva de rättsliga kunskapsprocesserna i dialektiken mellan föreställningar och beteenden. Ett väsentligt moment här är att kunskapskritiskt (eller ideologikritiskt) granska argument som kommer till uttryck i den justifiering som de rättsliga texterna utgör och söka förklaringar till hur och varför de uppkommer."*¹⁷

1.2.1. Rättsvetenskapens allmänna syfte

*"Man kan fråga sig huruvida illusionen att rättigheter och plikter verkligen existerar, att de skapas på det ena eller andra sättet osv., är nödvändig för rättssystemets funktion, eller om det i vart fall är så att dess funktion skulle avsevärt försvagas om dessa föreställningar upplöstes. Personligen tror jag inte det. Jag är benägen att tro att en verklig förståelse av naturen hos föreställningarna om rättigheter och plikter på det hela taget skulle ha en gynnsam effekt."*¹⁸

Jurister har en förkärlek för att försöka 'utröna' eller 'beskriva' vad man kallar 'gällande rätt' genom att 'tillämpa' (eller hänvisa till) den så kallade 'rättskällevärdet'. Denna rättskällevärdet brukar (i fallande betydelseordning) rada upp "rättskällorna [kursivt i original] lagstiftning, förarbeten, rättspraxis, doktrin och sedvanerätt"¹⁹ som de kunskapens källor ur vilka man med relativt enkla medel kan ösa upp lagom stora doser juridisk sanning. I den juridiska studentlitteraturen kan man t.ex. finna följande påstående.

*"En utgångspunkt för all rättstillämpning och annan juridisk problemlösning de lege lata (inom ramen för gällande rätt) måste vara att det finns en uppsättning rättskällor att beakta. Lagen skall i regel följas, åtminstone när den är klar. Förarbeten kan ge auktoritativ förståelse för hur lagen bör förstås. Domstolarnas prejudikat erbjuder auktoritativa uttolkningar av gällande rätt i vissa frågor. Även uttalanden i den juridiska doktrinen bör beaktas, åtminstone som argument för eller emot lösningar."*²⁰

Den här inställningen till juridik – betraktad såväl som vetenskap som i den praktiska tillämpningen – är enligt min mening nonsens. Farligt nonsens. Det är nämligen en inställning som befriar den enskilde juristen från varje form av personligt moraliskt ansvar gällande det egna agerandet i den juridiska verksamheten. Man 'tillämpar' ju bara en 'gällande rätt' som fastställts av någon annan. Man lyder bara order. I och för sig är det kanske inte så konstigt att inställningen vunnit viss spridning bland yrkesverksamma jurister. På det privatpsykologiska planet är det ju ganska bekvämt att slippa ställa sig en rad etiska och moraliska frågor. På det samhällsplanen är det inte heller särskilt konstigt att denna inställning underblåses, en av den moderna hierarkiska byråkratins grundläggande effekter är att "moraliska normer är irrelevanta för den byråkratiska verksamhetens tekniska framgång [kursivt i original]."²¹ Annorlunda uttryckt; privatmoralen adiaforiseras, eller görs ointressant. Och vem lägger ner tankemöda på något ointressant?

En rättspositivistisk värld är alltså farlig – farlig eftersom rättsapparaten kan användas i djupt oetiskt syfte. Lyckligtvis är dock den rättspositivistiska utsagan om den juridiska

¹⁷ Glavå Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 71 - 72.

¹⁸ Olivecrona Karl, The Theories of Hägerström and Lundstedt, citerad enligt Legal Positivism redigerad av Jori, Mario s 209 (egen översättning.)

¹⁹ Sundberg Jacob, Rättskällorna på 1900 – talet, citerad enligt Filosofi och rättsvetenskap, redigerad av Belfrage Bertil och Stille Leif s 173.

²⁰ Lehrberg Bert, Praktisk juridisk metod s 129.

²¹ Bauman Zygmunt, Auschwitz och det moderna samhället s 143

verklighetens beskaffenhet alltså nonsens. Lyckligtvis, eftersom det således går att göra något åt problemet. Om juridik – såväl som vetenskap som i den praktiska verkligheten – i djupare mening vore beskaffad så som rättspositivisterna hävdar att den är beskaffad vore det som med arsenik; det är farligt att konsumera och farligheten är oberoende av vad vi tror om den. En farlig verklighet försvinner inte bara för att man slutar tänka på den, men med farligt nonsens är det som med voodoo, det är farligt bara om man tror på det. Låt oss därför syna den rättspositivistiska tron på förekomsten av en 'gällande rätt' i sömmarna innan vi går vidare. Är det fråga om verklighet eller nonsens; moralisk arsenik eller etisk voodoo?

Till följd av Dworkins kritik av rättspositivismen erkänner numera även de mest förhårdade rättspositivisterna att man i den juridiska argumentationen måste ta hänsyn inte bara till den positivt stiftade rätten, utan även till vad man kallar 'juridiska principer,' eller 'rättsprinciper.' Dessa rättsprinciper anses kunna härledas ur den positiva rätten och betraktas som *en del av* 'gällande rätt.' 'Rättsprinciperna' ses vanligen som mer eller mindre synonyma med vad man brukar kalla 'grundläggande rättigheter' vilka är att "betrakta [...] som nyttigheter vilka på något sätt är normativt tillerkända individer."²² Det är ju i och för sig trevligt att man erkänner att det handlar om normativa ställningstaganden snarare än om några slags naturgivna, av övernaturligt ursprung härledbara magiskt - juridiska skyddssfärer, men det blir det inte mycket bättre av. Frågan är nämligen *vem* som gör de 'normativa ställningstagandena' och hur man avgör *vilka* dessa 'normativa ställningstagandena' är. Det har nämligen kunnat konstateras att "enskilda lagar alltid föregår generella principer. Förståelsen för de senare föregås av och baseras på förståelsen av de förra."²³ Någon måste alltså konkludera en viss princip, förespråka en viss förståelse *efter* att lagen blivit stiftad. Vem är denne någon, vem avgör när man skall sluta "[a]nvända *borde* och *borde inte*, i stället för orden *är* eller *är inte*, *kan* eller *kan inte*"²⁴ avseende förståelsen för vissa givna övergripande principer?

Vi kan omedelbart konstatera att det i vart fall inte är lagstiftaren som gör dessa normativa ställningstaganden. Lagstiftaren stiftar lagar, inget annat. På sin höjd händer det att lagstiftaren i förarbetena *hänvisar* till 'befintliga' rättsprinciper. Detta är självklart; "när de enskilda lagarna är fastslagna och betraktade så som lämpliga, då och först då kan man abstrahera fram utsagor som, utan att utgöra själv motsägelser, kan betraktas som fundamentala regler."²⁵ Dessa fundamentala regler, eller rättsprinciper, 'uppstår' alltså någon annanstans. Denna andra stans är, hävdar jag, i rättspraxis. (Möjligen i interaktionen rättspraxis – doktrin. De som skriver doktrin är i vilket fall som helst i hög grad samma människor som dömer i högsta instans. Poängen är att de inte uppstår 'av sig själva' vilket exempelvis naturrättare har en tendens att utgå från.) Det är rättstillämparen som 'skapar' rättsprinciperna; ett antal domar avkunnas, därefter 'sammanfattas rättsläget' av någon doktrinskrivande jurist och 'förklaras' som utslag av, eller bevis på, förekomsten av en viss 'rättsprincip,' varvid domstolarna i sina domskäl börjar hänvisa till denna 'rättsprincip' vars förekomst 'ju sedan länge fastslagits i doktrin.'²⁶ Resonemanget talar för sig själv. För övrigt kan det konstateras att anledningen till att dessa 'rättsprinciper' 'skapas' enligt Stig

²² MacCormic D. N., Dworkin as Pre-Bentamite, citerad enligt Legal Positivism, redigerad av Jori, Mario s 599 (egen översättning.)

²³ Bentham Jeremy, Observations on the Draughts of Declarations-of-Rights, citerad enligt Rights, Representation, and Reform – Nonsense upon Stilts and other Writings on the French Revolution s 184 (egen översättning.)

²⁴ Bentham Jeremy, On the Use and Abuse of the word *Right*, citerad enligt Rights, Representation, and Reform – Nonsense upon Stilts and other Writings on the French Revolution s 401 (egen översättning.)

²⁵ Bentham Jeremy, Observations on the Draughts of Declarations-of-Rights, citerad enligt Rights, Representation, and Reform – Nonsense upon Stilts and other Writings on the French Revolution s 185 (egen översättning.)

²⁶ Olivecrona Karl, Rättsordningen.

Strömholm står att finna i den enskilde juristens intellektuella lättja – oviljan att självständigt ta ställning till en konkret fråga.²⁷

Nåväl, rättsprinciper antas alltså vara överordnade den positivt stiftade lagen, "[o]m en person inte vill skapa en anomali avseende begreppet 'gällande rätt' skall han betrakta ett juridiskt tolkningsresultat som gällande rätt endast om tolkningen är förnuftig."²⁸ Därmed havererar rättskälleläran, som ju sätter positivt stiftad lag högre än praxis. Faktum är att hela den rättspositivistiska föreställningen om en given 'gällande rätt' havererar. Om den högsta juridiska normen skapas av domstolarna innebär detta oundvikligen att domstolarna inte *tillämpar* rätten, domstolarna *skapar* rätten. Således är föreställningen att domstolarna tillämpar en given och fastställbar 'gällande rätt' nonsens. *Quod Ero Demonstrandum*.

Ändå finns det jurister, t.o.m. författare av doktrin, som med ett helt kompani dårars samlade envishet hävdar att man inget annat gör än 'tillämpar gällande rätt.' Så länge det finns folk som tror på, och sprider, den typen av farligt nonsens, så länge det finns folk som ägnar sig åt destruktiva ideologiska förvrängningar av verkligheten, måste det vara den seriösa rättsvetenskapens allmänna, eller generella, syfte, att "desauvera [sic!] denna ideologi genom att beskriva den såsom just en ideologisk förvrängning."²⁹

1.2.2. Föreliggande uppsats specifika syfte

*"Man kan [...] diskutera i vad mån en massiv enig tingsrättspraxis, utan stöd i överrättspraxis eller i strid med denna, skulle kunna anses som gällande rätt."*³⁰

En av den rättspositivistiska lärans centrala dogmer är att underinstanserna dömer på i allt väsentligt samma sätt som Högsta Domstolen. Om så inte är fallet raseras nämligen föreställningen om en 'given' rätt som 'tillämpas' av domstolarna. Detta enkla konstaterande brukar sällan formuleras uttryckligen av rättspositivismens apologetiker, men med denna dogm är det för rättspositivismen som med treenighetslärans roll för den kristna teologin; även om den inte formuleras och uttrycks i de centrala texterna (rättspositivismens rättsteoretiska doktrin respektive Bibeln) så måste den förutsättas för att relevanta utsagor skall vara begripliga och fria från inre motsägelser, eller 'koherenta.'³¹ För all del, man kan naturligtvis hävda att underinstanserna, i den mån de dömer annorlunda än högre instanser, dömer 'fel,' men det är uppenbarligen en förklaring som inget förklarar; för det första eftersom det är en rent normativ utsaga emedan beteckningen 'felaktig' dom begreppsligt betyder att domstolen *borde* ha dömt på ett annat sätt än de gjorde, och det kan vara allt annat än självklart, även om Högsta Domstolen har dömt på ett helt annat sätt i tidigare, jämförliga fall. När man väl placerat sig i de normativa utsagornas värld måste man nämligen göra en *heltäckande* etisk värdering av domen, och det kan ju tänkas att den avviker från Högsta Domstolens praxis såtillvida att den är etiskt mer *högtstående* i materiellt avseende i övrigt. Den domare som i strid med såväl klar lagstiftning som överinstanser *vägrade lämna ut bevismaterial i ett pedofilsmål* (till hugande pedofiler som, av allt att döma avsåg att själva, för privat bruk, nyttja kopior på de videokassetter där övergreppen ursprungligen dokumenterats av förövarna) dömde således inte 'fel.' Jag vägrar bedöma hennes agerande på det sättet. Allt sammantaget dömde hon enligt min mening *rätt*. För det andra är utsagan 'underinstanserna dömer fel' en icke – förklaring såtillvida att den glider runt frågan *varför* de i så fall dömer 'fel.' Att något är på ett visst sätt klargör inte på något vis *varför* det är på det viset. Om *en* domare konsekvent dömer på ett annat sätt än överinstanserna i måltyper där *alla* övriga

²⁷ Strömholm Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning s 432 - 453.

²⁸ Peczenik Aleksander, Vad är rätt? s 696.

²⁹ Töllborg Dennis, Personalkontroll citerad efter Textkompendium i Rättsvetenskap ht 1999 s 172 vsp

³⁰ Cavallin Samuel, Skuld s 20.

³¹ Peczenik Aleksander, Vad är rätt?

underinstanser dömer i enlighet med överinstanserna är det *möjligen* meningsfullt att beteckna domen som 'felaktig' i betydelsen 'avviker från sedvanlig praxis,' men vad göra om det finns en enhetlig underinstanspraxis som avviker från Högsta Domstolens praxis? Hävda att de dömer fel hela gänget? Det bleve i så fall tydligt att man snarare skyler över brister i den rättspositivistiska ideologin än seriöst försöker förklara eller förstå rättsliga fenomen.

Att underinstanserna dömer på ett sätt som står i överensstämmelse med Högsta Domstolens praxis är för rättspositivismen i hög grad en s.k. *asimovsk förutsättning*, d.v.s. en grundläggande premiss för analys och förståelse som ses som så självklar att den inte behöver nämnas eller reflekteras närmare över, samtidigt som ett närmare studium av premissen ifråga kan tänkas visa att den är obefogad eller rent av felaktig. Om det skulle visa sig att skillnader i praxis är frekvent förekommande rubbar det nämligen på ett fundamentalt sätt de allmänna förutsättningarna för tolkningen av underinstansernas funktion och roll i rättsapparaten och samhället rent generellt. Kan man påvisa systematiska skillnader i praxis mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen har man således i hög grad utdelat ett alexanderhugg mot den rättspositivistiska skrockfullheten. I så fall är nämligen bevisat att hyllandet av 'praxis' (i betydelsen Högsta Domstolens praxis) som ansvarig för att 'tolka' vad som 'gäller' när den 'gällande rätten' är 'oklar, är en ideologisk myt snarare än ett funktionellt sätt att beskriva den rättsliga verkligheten. Om Högsta Domstolen talar om vad som 'gäller' men denna utsaga ignoreras av underinstanserna kan man inte på något meningsfullt sätt hävda att det Högsta Domstolen säger verkligen 'gäller.'

Inom ramen för rättsvetenskapens allmänna syfte, och med den historiematerialistiska radikalfeminismens uppmärksamhet fokuserad på patriarkala förtrycksstrukturer, kommer jag, i enlighet med det ovan sagda, i det här arbetet att undersöka om Tingsrättspraxis är i överensstämmelse med praxis från Högsta Domstolen vad gäller bedömningen av påstådda fall av våldtäkt och sexuellt utnyttjande. (I den löpande texten kommer dessa två brott stundtals att klumpas ihop under samlingsbeteckningen 'våldförande.' Detta är en rent språklig manöver som syftar till att öka läsvänligheten. Observera dock att i uppsatsens sista avsnitt, avsnittet 6.3. *Slutord – förslag till ny paragraf* kommer ordet 'våldförande' att användas på ett annat sätt.) Närmare bestämt kommer jag att titta på de för brottmålsrättegången centrala aspekterna *uppsåtsbedömningen och bevisvärderingen*. Dessa två beståndsdelar är, som jag ser det, centrala eftersom de handlar om vilka beteenden som i *teorin* anses brottsliga, och vad som krävs för att i *praktiken* beivra brottslingens agerande genom att utdöma straff. Om den påstådda våldtäktsmannen anses sakna uppsåt till våldtäkt eller sexuellt utnyttjande ses hans agerande nämligen inte kriminellt såsom sexualbrott utan tillåtet, hur sexistiskt det sen må vara (han har inte "företett skuld."³²) Bevisvärderingen handlar i allt väsentligt om vem som anses ha tolkningsföreträde; vems berättelse om, och upplevelse av, en situation som får rättens sanktion att utgöra domens grunder. Det finns säkerligen andra aspekter som är nog så relevanta att titta på när det gäller rättssystemets sätt att hantera påstådda sexualbrott, men dessa två delar, frågorna om gärningsmannens uppsåt och vilka bevis som krävs för fällande dom, är de två aspekter som är mest renodlat 'juridiska' och dessutom lättast att utgå från när man jämför två instanser med varandra.

Om det visar sig finnas skillnader mellan Tingsrättspraxis och Högsta Domstolens praxis behöver dessutom en förklaringsmodell konstrueras för att göra skillnaderna begripliga. Denna förklaringsmodell måste vara grundad på den historiematerialistiska radikalfeminismens allmänna verklighetsförståelse samtidigt som den måste vara rättsteoretisk. I och för sig skulle det säkerligen gå att konstruera en liberalt idealistisk förklaringsmodell, i vart fall om den försågs med tillräckligt många säkerhetsventiler och särförklaringar. Man skulle kanske till och med kunna tycka att en sådan förklaringsmodell har ett syfte att fylla; trots allt händer det ju inte sällan att liberala idealister kan förklara

³² Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del ett s 37.

samhälleliga skeenden på ett nöjaktigt sätt³³ i situationer då (stalinofilt sekteristiska) historiematerialister och (särartsteoretiskt orienterade) feminister bara lyckas prata i den akademiska nattmössan.³⁴ Men vad innebär då detta? Att eftersom man med en felaktig metod kan dra riktiga slutsatser, och att man med en korrekt metod stundtals drar felaktiga slutsatser... så spelar metoden ingen roll? Föreställ er hur en industriarbetare skulle reagera, när han klagar hos sin förman över dåliga verktyg och möts av svaret 'med dåliga verktyg går det att göra ett ypperligt arbete, och med goda verktyg finns det de som gör ett uselt arbete.' Jag misstänker att den arbetaren, i varje fall om han arbetar på ackord, skulle ge sin förman ett något oakademiskt svar. Således förbehåller jag mig rätten att betrakta det som nödvändigt att en användbar förklaringsmodell måste vara historiematerialistiskt radikalfeministisk. En dylik förklaringsmodell måste, i vart fall delvis, konstrueras av mig själv i detta arbete eftersom det mig veterligen inte finns någon erforderligt uttömmande juridisk teoribildning om rättsapparatusens inre metodik som på ett nöjaktigt sätt går att använda i syfte att förklara systeminterna diskrepenser med utgångspunkt från såväl feministiska som marxistiska teorier om samhällets och statens grundläggande struktur och/eller objektiva syfte.

1.3. Normativa och deskriptiva utsagor

*"[I]ngen rättslig utsaga med anspråk på vetenskaplighet [kan] vara rent beskrivande."*³⁵

I den fortsatta framställningen kommer jag att vara öppet normativ. Att vara öppet normativ skall givetvis inte sammanblandas med att ägna sig åt banalt tyckande eller demagogiskt svammel. Demagogiskt svammel ägnar sig däremot den åt, som påstår sig leverera rent deskriptiva utsagor om den gällande rättens innehåll. När rätten eller rättsvetenskapsmannen uttalar sig om 'innehållet' i den gällande rätten är det i verkligheten en normativ utsaga som utgör ett argument för ett visst sätt att döma, endera i det enskilda fallet, eller rent generellt. Alf Ross, som med 'gällande rätt' avser det sätt på vilket *domstolen troligen kommer att döma*, har konstaterat att varje utsaga om 'gällande rätt' fungerar normerande eftersom den stärker domstolens tendens att döma på ifrågavarande sätt.³⁶

Låt oss ta följande citat från Hovrätten som exempel på hur domstolen påstår sig vara deskriptiv men i verkligheten argumenterar normativt:

"Om den som utsätts för våldet genom ord eller genom att göra motstånd eller på annat sätt klart givit tillkänna att hon inte vill underkasta sig ett samlag talar detta naturligtvis med mycket stor styrka för att den tilltalade haft ett för våltäktsansvar erforderligt uppsåt. Vad [målsäganden] berättat kan emellertid inte läggas till grund för slutsatsen att [den tilltalade] på något sådant sätt fått klart för sig att [målsäganden] motsatt sig samlag. Även utan att den utsatte på något sådant sätt som nu berörts gett uttryck för sin inställning till samlag kan denna emellertid ändå framstå som så klar med hänsyn till omständigheterna att det därigenom också måste anses vara utrett att den tilltalade genom våldet uppsåtligen har tvingat den utsatte till samlaget.

Frågan vilket uppsåt en tilltalad haft gäller alltid vilka föreställningar och uppfattningar denne rent faktiskt haft vid gärningen. Att dessa för andra kan framstå som befängda eller orimliga saknar således i princip betydelse för

³³ Se exempelvis Svensson Eva-Maria, Genus och Rätt – en problematisering av föreställningen om rätten.

³⁴ Se exempelvis Friedman Marilyn, Liberating Care, refererad enligt Feminist Ethics, redigerad av Gatens Moira s 543 - 584.

³⁵ Glavå Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, sid 34.

³⁶ Ross Alf, Om ret og retfaerdighet, refererad enligt Glavå Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, sid 39.

bedömningen. Även om det, som tingsrätten anført, får anses uteslutet att [målsäganden] haft något intresse av att ha sexuellt umgänge med [den tilltalade] är det som är avgörande för uppsåtsfrågan vad som kan anses visat om hur [den tilltalade] själv uppfattade situationen. Enligt hovrättens mening kan den utredning som förebringas här, mot [den tilltalades] bestridande, inte sägas vara tillräcklig för att det skall kunna anses vara ställt utom rimligt tvivel att [den tilltalade] utövat det våld som förekommit med uppsåt att därigenom tvinga sig till samlag.”³⁷

När Hovrätten på detta sätt hävdar att det i princip saknar betydelse om gärningsmannens föreställningar framstår som befängda eller orimliga är det inget värdeneutralt 'tillämpande' av gällande rätt. *Det är ett normativt ställningstagande* från Hovrätten, som går ut på att mäns 'rätt' att hysa befängda sexuella föreställningar är mer skyddsvärda än kvinnors intresse att slippa utsättas för beteenden grundade på dessa befängda föreställningar. Till sin *juridiska form* handlar Hovrättens resonemang om en uppsåtsbedömning, men till sitt *sociala innehåll* handlar resonemanget om en intresseavvägning. Som vi skall se senare i uppsatsen är innebörden och betydelsen av 'uppsåt' inte en gång för alla given. Vidare är varje försök att förhålla sig till Hovrättens ställningstagande med nödvändighet normativt, ty att avstå från att kritisera är även det ett val; att välja att avstå från kritik är att välja att låta en (förkastlig) värdering stå oemotsagd³⁸. Jag har naturligtvis inget berättigat anspråk på moralisk överhöghet; poängen är att eftersom man med nödvändighet måste vara normativ i sina rättsliga utsagor är skillnaden mellan vetenskaplig hederlighet och ohederlighet en fråga om att *öppet redovisa* sina övergripande etiska värderingar.

Skillnaden mellan vetenskapligt och banalt tyckande ligger i att vetenskapligt normativa utsagor grundar sig på verifierade, eller i vart fall verifierbara, sakomständigheter snarare än diffusa antaganden, en skillnad det är viktigt ha klart för sig trots det krypskytte denna insikt numera utsätts för av postmodernismen.³⁹ Dessutom innefattar den en objektivt orienterad konsekvensanalys av metanormernas praktiska konsekvenser. Dworkin hävdar, och de flesta nutida rättspositivister argumenterar som om, även så kallade *hard cases* har ett rätt svar.⁴⁰ Jag hävdar det diametralt motsatta; att inte ens de lätta fallen har något 'rätt' svar. Däremot finns det mer eller mindre *välmotiverade* svar, mer eller mindre *moraliskt försvarbara* svar, och svar som är mer eller mindre *förenliga med andra svar* på liknande rättsfall. Jag hävdar helt enkelt att den enskilde domaren alltid ställer sig följande fråga, helst medvetet men i vart fall omedvetet: 'Är det resultat min juridiska intuition visar mig någorlunda rimligt? Är detta sätt att döma förnuftigt?' Den domare som vägrade lämna ut pedofilmaterial får, återigen, stå som exemplifierande bevis på att denna fråga måste ställas när dom avkunnas eller beslut fattas. Huruvida en rättsregel är *förnuftig* sammanhänger enligt min mening med vad som blir *konsekvenserna* av ifrågavarande regel. En förnuftig rättsregel skapar, i vart fall typiskt sett, acceptabla konsekvenser. En rättsregel som leder till oacceptabla resultat är oförnuftig. Detta har inget med en tro på 'rättssfärer' att göra. Föreställningen om (i någon mening existerande) rättigheter är enligt min mening nära förbunden med föreställningen om en 'gällande rätt.' Såsom begreppsligt påstående är satsen 'X har/borde ha rättigheten z' bara meningsfull som deskriptiv/normativ utsaga om verkligheten om vi ser den som en sats som är endera sann eller falsk rörande innehållet (endera *de lege lata* eller *de lege ferenda*) i den gällande rätten.

³⁷ RH 1994: 93

³⁸ Jfr Glavå Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund, sid 46 - 47.

³⁹ Nada Meera, Against social de(con)struction of science: cautionary tales from the third world, refererad enligt In Defense of history – Marxism and the Postmodern Agenda redigerad av Wood Ellen Meiksins och Foster John Bellamy s 74 - 76.

⁴⁰ Dworkin Ronald, A Matter of Principle s 145.

Förnekar man däremot förekomsten av en 'gällande rätt' blir satsen 'X har/borde ha rättigheten z' ett meningslöst påstående av typen 'riktiga enhörningar andas inte eld som drakar gör.' Den till synes deskriptiva satsen 'X har rättigheten z' är således normativ såtillvida att satsen förmedlar det outtalade, underliggande satsen 'det är meningsfullt att hävda att 'X har rättigheten z' vilket är konceptuellt liktydigt med att säga 'det finns en gällande rätt, i vilken X har rättigheten z.' Den satsens första led är i sin tur ett påstående av fundamental betydelse för kapitalismens ideologiska överbyggnad. Det är bara om man kan skapa/hävda att det finns *distinkta sfärer av individuell frihet* (dvs 'rättssfärer') som den liberala föreställningsvärlden går att vidmakthålla. Idén om 'rättighetsfärer' grundar sig nämligen enligt min mening på en uppenbart borgerligt - liberal föreställningsvärld där alla individer är fria, jämlika och socialt autonoma att själva forma sina personligheter, sina värderingar och sin framtid.⁴¹

Vid det här laget har antagligen även den mest uthållige läsaren börjat undra vart jag vill komma med allt detta allmänna babbel om rättigheter och konceptuella föreställningar. Min poäng med mina möjligen något långgrandiga utläggningar är denna: Idén om 'rättssfärer' som skyddas av en 'gällande rätt' är metafysiskt strunt. Varför då ägna sig åt rättighetsanalyser, om nu själva grunden för tanken på distinkta sfärer av individuell frihet är obefogad och rent ideologisk, frågar man sig? Man skulle ju kunna hävda att *varje* utsaga om innehållet i den 'gällande rätten' fungerar legitimerande. Svaret är att det bara är meningsfullt att kritisera den *kända* verkligheten. Satsen 'X borde inte ha rättigheten z' är bara meningsfull om man förutsätter, öppet eller dolt, att X för närvarande faktiskt kan sägas *ha* rättigheten z. "Att ha en rättighet är att ha ett anspråk på någon annan, vilket erkänns som giltigt av någon uppsättning handlingsdirigerande regler eller moraliska principer,"⁴² och så länge vi *uppfattar* lagstiftningen som moraliskt handlingsdirigerande *är* den det – här rör det sig om performativa övertygelser. Detta, menar jag, måste erkännas även om grunden för föreställningen är felaktig. Förvisso tar man då risken att ens normativa antagonister utnyttjar det underförstådda påståendet 'X har rättigheten z' i legitimerande syfte genom att addera (öppet eller dolt) bisatsen '... och det ankommer inte på oss att ändra detta,' men vad skulle alternativet vara? Att vägra beskriva verkligheten? I så fall tvingas man inskränka sig till att presentera satser om sagovärldar som innehåller enhörningar; 'enhörningar har rätten att stånga troll i magen.' Möjligen kan man servera icke omstridda plattityder av karaktären 'det vore bra om folk vore snälla.' Vill man på ett begripligt sätt tala om mäns och kvinnors sexualitet, vill man juridiskt kunna förhålla sig till mäns intresse att ha sex kontra kvinnors intresse att slippa sex (i ett givet ögonblick; generellt utgår jag från att det allmänna sexintresset är lika eftersom jag betraktar män och kvinnor som lika) är det, om inte nödvändigt så åtminstone enklare, om man pratar *som om* det finns en sexuell rättssfär.

Avslutningsvis, för att sammanfatta det hela, skulle jag vilja presentera följande, av mig själv formulerade, axiomatiska påstående om rättssfärer och rättighetsanalyser:

Det finns inga 'naturliga rättigheter', om nu 'rättigheter' över huvud taget kan sägas 'finnas.' I vart fall går det inte att för närvarande nå någon säker vetskap om deras existens eller, vilket är det viktiga, om deras innehåll. Vi tvingas därför, naturligt eller av nödvång, att argumentera för olika rättsliga lösningars utifrån deras allmänna lämplighet. På lång sikt är det dock vid en samlad bedömning lämpligt att vi argumenterar, och agerar, som om vissa grundläggande naturliga rättigheter finns. Vilka dessa rättigheter är eller bör vara skall givetvis vara föremål för demokratisk debatt och allmänna lämplighetsbedömningar.

⁴¹ Kittay Eva Feder, Human Dependency and Rawlsian Equality, refererad enligt Feminist Ethics, redigerad av Gatens Moira s 443 - 492.

⁴² Feinberg Joel, The Nature and Value of Rights, citerad enligt Rights redigerad av Nino, Carlos s 200 (egen översättning.)

1.4. Metod

*"Marxistiskt tänkande är konkret så till vida att det tar hänsyn till alla relevanta fakta rörande en viss given frågeställning, inte bara med hänsyn till deras ömsesidiga förhållanden utan även med hänsyn till deras utveckling."*⁴³

1.4.1. Primär källforskning

*"Heterosexualiteten institutionaliserar manlig sexuell dominans och kvinnlig sexuell underkastelse. En kvinna är en varelse som identifierar sig med och identifieras med en vars sexualitet existerar för någon annan. Denne någon är social konstruerad som man."*⁴⁴

För att kunna jämföra Tingsrättspraxis med Högsta Domstolens praxis måste den förra sammanställas. Det innebär att för att den här undersökningen skall kunna bli verklighet krävs det att jag går igenom Tingsrätternas arkiv efter relevanta domar. Det letandet är allt annat än lätt eftersom det saknas systematik i arkiveringen av brottmålsdomar, utöver att de buntas ihop i kronologisk ordning allt eftersom de vinner laga kraft. Tar man datorerna till hjälp kan man söka efter ett visst målnummer eller en viss part, letar man däremot efter en viss typ av brott tvingas man sätta sig med alla hundratals böcker med inbundna domar och bläddra sig igenom dem från pärm till pärm. Av detta skäl kommer Tingsrättspraxis att inskränkas till att avse perioden 2000/2001 i Göteborgs, Mölndals och Stenungsunds Tingsrätter. Större urval av domar vore önskvärt, men tiden tillåter inte en större undersökning med tanke på problematiken, till följd av bristande systematik i Tingsrätterna, att finna relevanta domar.

Domskälen i dessa domar kommer att systematiseras i jakt på vad som alltså brukar kallas 'rättsläger,' dvs jag kommer att söka utröna förekomsten av frekventa tankegångar och formulera 'rättsprinciper' på basis av dessa tankegångar. Att systematisera fakta är den metod varmed den empiriska rättsvetenskapen gör den juridiska världen begriplig;⁴⁵ på samma sätt som Högsta Domstolens domar kan göras begripliga om de systematiseras utifrån 'rättsprinciper' kan Tingsrätternas domar på så sätt göras begripliga. Om man inte systematiserar domskälen kommer det att vara omöjligt att finna (belägg för) frekventa tankegångar och resonemang, man förvandlar skogen till att vara inget annat än en stor mängd enskilda träd. I rätt hög grad innebär detta att jag kommer att behandla Tingsrätternas domskäl på samma sätt som doktrinen brukar behandla Högsta Domstolens domskäl. Därefter kommer sålunda utrönd Tingsrättspraxis att jämföras med den praxis som härrör från Högsta Domstolen, för att se om det förekommer skillnader i dem emellan.

Vid skapandet av den historiematerialistiskt radikalfeministiska juridiska förklaringsmodellen kommer huvudsakligen historiematerialistiskt och radikalfeministiskt orienterad litteratur att användas och inkorporeras i den rättsfilosofiska begreppsbildningen för att konstruera en teori om rättens allmänna väsen och syfte. I den delen kommer jag dessutom att tvingas formulera 'nya' tankar och analyser eftersom anledningen till att förklaringsmodellen behövs är just att ingen tidigare (i erforderlig grad) gett sig på detta projekt. Detta är i sin ordning; marxismen en levande vetenskap, inte ett forum för steril dogmatism, "den avgörande frågan [är] marxismens tillämpning som en kritik av den nuvarande världen."⁴⁶

⁴³ Trotskij Leo, The Spanish Revolution (1931 - 39) s 292 (egen översättning.)

⁴⁴ Lasker Pia, Sexualitet och makt, citerad enligt Anarkistisk tidskrift nr 10 s 45.

⁴⁵ Davies Margaret, asking the law question s 104.

⁴⁶ Hekmat Mansoor, Den internationella situationen och läget för kommunismen – Våra skiljaktigheter s 38.

1.4.2. Metodologiska problem

*"Rätten som sådan är en företeelse av sådant slag att juridiska imperativ inte beskriver verkligheten på vanligt vis, utan snarare beskriver verkligheten så som ett skönlitterärt imperativ beskriver den litterära verkligheten."*⁴⁷

När man letar efter skillnader finns naturligtvis alltid risken att man hittar det man letar efter helt enkelt för att man förr eller senare ser vad man vill se. Det är naturligtvis svårt att gardera sig mot den sortens felslut; men att vara medveten om denna risk torde utgöra tillräcklig vaccination mot den sjukdom som kan kallas verklighetsfjärmande sekterism. I övrigt kan jag bara överlåta åt läsaren att avgöra om jag hittat 'verkliga' skillnader eller om jag inbillat mig de skillnader som jag ansett mig finna.

Ett annat problem är att jurister, av rent yrkesmässiga skäl, har en god förmåga att avgöra vilka argument som är gångbara och vilka som inte är det. Juridisk argumentation och juridiska beskrivningar handlar i hög grad om att sortera bort den senare gruppen av argument, för att använda sig av den förra på ett övertygande sätt. Detta innebär dessvärre att det kan vara svårt att avgöra om man faktiskt menar det man säger, eller om det ligger andra, mindre politiskt korrekta bedömningar i botten. En person som är tränad att argumentera på ett visst sätt kan nämligen tänka på ett helt annat sätt utan att det nödvändigtvis framgår. Även om man kanske tycker någonting i stil med att 'horor kan gott ha det om de blir våldtagna, de får skylla sig själva' så formulerar man sig inte så. Däremot kan man beskriva hur förnedrande det upplevs för ickeprostituerade kvinnor att bli våldtagna och sedan avsluta analysen med att säga att "[n]är det gäller prostituerade kvinnor är situationen oftast annorlunda. De är vana vid att ha samlag med olika män och att befinna sig i situationer som för icke prostituerade kvinnor skulle kännas mycket främmande och förnedrande."⁴⁸ Vilket uppenbart innebär samma sak, men nu formulerat på ett juridiskt oantastligt sätt. I vart fall på ett juridiskt tillåtet sätt. Är man av den åsikten att prostitution egentligen inte är något större problem, i vart fall inte i så måtto att den prostituerade kvinnan utsätts för ett kränkande beteende, då säger man något i stil med att "[e]n viss form av 'byteshandel' – sex för den andres skull, för att infria oöverlagda löften eller kamraters förväntningar – återfinns i många sexuella relationer bland unga och tillhör det normala"⁴⁹ för att sedan dra slutsatsen att det är 'normalt' i betydelsen 'lämpligt,' att kvinnor levererar sexuell tillgänglighet i utbyte mot ekonomisk ersättning. Vad man *egentligen* menar är givetvis att man anser att mäns intresse av sex är värt mer än kvinnors intresse att bli behandlade som människor, snarare än att bli behandlade som själlösa prylar. Härmed inte sagt att domstolen *medvetet ljuger* i sina domskäl; däremot att en viss skepsism gentemot deras resonemang och påståenden, att ett kritiskt läsande av domskälen, är på sin plats. Trots allt handlar ju detta arbete i åtminstone någon grad om att 'förkönsliga' en del rättsliga utsagor, som vid första påseende förefaller framstå som könsneutrala.

När Tingsrättspraxis beskrivs tas perioden 2000/2001 som huvudsakligt underlag. Därutöver kommer Tingsrättsdomarna från de i uppsatsen refererade fallen från Högsta Domstolen att användas; detta för att i åtminstone *någon* mån kunna jämföra 'lika fall' med varandra. Problemet med att varje fall är unikt kommer på detta sätt att minimeras i möjligaste mån.

För Högsta Domstolens praxis läggs domar från i princip hela 1900-talet till grund. Å ena sidan kan detta upplevas som en skevhet i undersökningsmaterialet, men förklaringen är att Högsta Domstolens praxis anses utkristalliseras just över en längre tid. Det 'rättsläge' som Högsta Domstolen 'fastslagit' över en period av i runda slängar hundra år är det 'rättsläge' som Tingsrätterna antas 'tillämpa' under perioden 2000/2001. Givetvis måste dock viss

⁴⁷ Dworkin Ronald, A Matter of Principle s 135 (egen översättning.)

⁴⁸ SOU 1992: 84 s 293.

⁴⁹ SOU 1995: 15 s. 103.

försiktighet iakttas när man utgår från prejudikat som härrör från sedan länge svunna tider, men i teorin är det just så man antas 'utröna' vilken den 'gällande rätten' är. Tilläggas kan att domarna från Högsta Domstolen från tiden före 1984/nu gällande sexuallagstiftning berör juridiskt begreppsliga definitioner av 'uppsåt' och bevisvärdering rent generellt och att dessa, förvisso urgamla, domarna *formulerar och uttrycker* de grundläggande föreställningarna om uppsåt/beviskrav i brottmål som ännu idag styr det juridiska tänkandet inom straffrätten generellt. De allra äldsta fallen är alltså fortfarande aktuella i den meningen att de indicerar hur Högsta Domstolen skulle döma i ett likartat fall idag när frågan rör förekomsten av uppsåt/bevisvärdering. Från andra aspekter kommer att bortses; se nedan 1.5. *Avgränsningar*.

1.5. Avgränsningar

*"På senare tid har det bland kriminologer förekommit en växande förståelse för att den centrala frågeställningen rörande lagstiftning och social kontroll inte handlar om att karaktärisera brottslingar [...] utan snarare om lagstiftningens allmänpreventiva effekter"*⁵⁰

Förekomsten av ett patriarkalt förtryck kommer inte att närmare undersökas; jag betraktar den patriarkala förtrycksstrukturen som ett notoriskt sociologiskt datum. Den kommer således att tas som en given förutsättning i denna uppsats.

Andra rekvisit i brottsbeskrivningarna än kravet på uppsåt kommer inte att beröras. Det kan naturligtvis vara intressant att undersöka om praxis skiljer sig åt mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen vad gäller skillnaden mellan 'umgänge' och 'beröring,' men den typen av rättsdogmatiskt exercerande ligger inte för mig. Jag är primärt intresserad av de delar av brottmålet som utgör *centrala förutsättningar* för fällande dom. När det gäller frågan om uppsåt behöver dock några ord även sägas om begreppet 'samtycke.' I brottsbalken definieras 'samtycke' som det sätt varpå en annars straffbelagd gärning görs tillåtlig.⁵¹ För att giltigt samtycke skall anses vara för handen brukar krävas att samtycke lämnats av behörig person, att den som lämnat det förstod innebörden av samtycket, att samtycket varit frivilligt samt att det varit allvarligt menat.⁵² Det skulle nu dock kunna hävdas att emedan sexuellt umgänge inte är brottsligt *per se* kan man inte tala om samtycke till sexuellt umgänge i denna bemärkelse. I straffrättsdoktrinen sägs visserligen att "[a]vsaknad av samtycke är en förutsättning för att gärningsbeskrivningarna om våldtäkt enligt 6:1 och sexuellt tvång enligt 6:2 BrB skall vara uppfyllda"⁵³ men med detta, har det hävdats, avses *faktiskt* samtycke, inte *juridiskt* samtycke. Skillnaden torde främst vara aktuell i situationer då kvinnan å ena sidan inte *aktivt söker sex* men å andra sidan inte heller ställer sig *direkt avvisande* till sex. Man skulle kunna hävda att den kvinna som 'ställer upp för husfridens skull' visserligen inte avger ett giltigt *juridiskt* samtycke (samtycket är inte 'allvarligt menat') men att hon har – genom att inte aktivt motsätta sig sex – avger ett giltigt *faktiskt* samtycke. Konkret formulerat; det är inte våldtäkt att *förmå* en kvinna att göra något hon inte vill, våldtäkt är det om man *tvingar* henne till det. Distinktionen mellan juridiskt och faktiskt samtycke, mellan 'att förmå' och 'att tvinga,' är enligt min mening synnerligen dubiös. 'Samtycke' är i sexualjuridiska sammanhang ett mycket problematiskt begrepp, ett samtycke – i juridisk mening – kan för det första mycket väl anses vara allvarligt menat även om det inte är direkt härlett ur en vilja till sex utan ur viljan att göra motparten lycklig, och för det andra bör man betänka att i ett patriarkalt samhälle tvingar män kvinnor till sex just genom att förmå dem till det!⁵⁴ Jag

⁵⁰ Feeley Malcolm M, The Concept of Law in Social Science: A Critique and Notes of an Expanded Wiew, citerad enligt Sociological Theories of Law, redigerad av Rokumoto Kahei s 66 (egen översättning.)

⁵¹ BrB 24: 7

⁵² Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 621 - 622.

⁵³ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 625.

⁵⁴ Vega Judith, Coercion and Consent: Classic Liberal Concepts in Texts on Sexual Violence, refererad enligt Gender, Crime and Feminism, redigerad av Naffine Ngaire s 247 - 261.

kommer i den fortsatta framställningen att använda ordet 'samtycke' i språkligt vedertagen bemärkelse, vilket innebär att om inget annat klargörs gäller formeln samtycke = faktiskt samtycke. Så används för övrigt begreppet av lagstiftaren.⁵⁵

Från frågan hur man bedömer uppsåtet hos psykiskt sjuka gärningsmän kommer att bortses. Här gäller inte frågan 'dårfinkarna' utan just hur 'normala män' behandlas av rättsapparaten.

En särskild typ av sexbrott där någon uppsåtsbedömning över huvud taget inte görs är fall rörande sexuellt ofredande i bemärkelsen *sexuell beröring av barn* eller annat sexuellt orienterat beteende riktat mot/inkluderandes barn. Gällande underåriga offer förhåller det sig så att något giltigt samtycke inte anses kunna lämnas.⁵⁶ I samtliga fall rörande denna typ av sexualbrott gör således lagens utformning resonemang om uppsåt obehövliga. (För insikter i offrets ålder gäller dock ett culpaansvar.) Sexuell beröring av barn behöver särskilt nämnas i sammanhanget eftersom det är ett brott som allmänt sett ligger mycket nära våldtäkten eller det sexuella utnyttjandet; den enda skillnaden ligger i att för våldtäkt eller sexuellt utnyttjande krävs det samlag/samlagsliknande gärning respektive ett sexuellt 'umgänge' medan det för sexuellt ofredande räcker med sexuell 'beröring.' Brott riktade mot barn innehåller dock ett antal särdrag som enligt min mening gör dem svåra att hantera inom ramen för denna uppsats syfte och de kommer därför inte att studeras närmare.

En annan fråga som stundtals ger upphov till upprörda känslor men som inte kommer att analyseras är frågan om *brottsbeteckning*. Det förhåller sig nämligen på det viset, enligt nu 'gällande rätt,' att för att våldtäkt skall föreligga skall gärningsmannen med våld eller hot om våld ha betvingat ett bristande samtycke till samlag (eller därmed jämförlig gärning.) Detta innebär, av närmast juridiskt – tekniska skäl, att den som genomför ett samlag med en (till följd av exempelvis frivillig berusning) avsvimmad person inte anses ha gjort sig skyldig till våldtäkt utan till sexuellt utnyttjande, där relevanta brottsrekvisit går ut på att gärningsmannen otillbörligen utnyttjad att offret befann sig i vanmakt (eller annat sådant tillstånd) till att bereda sig samlag med henne. För sexuellt utnyttjande behöver det förvisso inte röra sig om ett samlag, vilken grad av sexuellt 'umgänge' som helst 'räcker,' men regelmässigt döms, om frågan gäller ett *fullgånget* samlag, för *grovt* sexuellt utnyttjande.⁵⁷ Frågan om det är rimligt att den som utnyttjar att någon inte kan värja sig 'bara' skall dömas för grovt sexuellt utnyttjande grundar sig uppenbarligen på frågan om *ordet* våldtäkt. Själv förstår jag inte på vilket sätt det skulle vara 'bara' att fällas för grovt sexuellt utnyttjande. Straffmaximum är identiskt; sex år. Förvisso är straffminimum lägre för grovt sexuellt utnyttjande (sex månader) än för våldtäkt (två år) men för mig framstår det som naturligt att den som misshandlar *och* tilltvingar sig samlag skall få ett högre straff än den som *inte* misshandlar men väl tilltvingar sig ett samlag. Skall själva *våldet* i våldtäkten *inte* bestraffas? Till saken hör att hjälplösa offer *inte anses kunna avge ett giltigt samtycke*. varför det per automatik är brottsligt att genomföra ett samlag med ett hjälplöst offer Jag förstår helt enkelt inte varför brottsbeteckningen grovt sexuellt utnyttjande i dagstidningar och i delar av den feministiska litteraturen förses med epitetet 'bara.'⁵⁸ I och för sig finns det en del relativt enkla sätt att lösa 'problemet' med brottsbeteckningen, om nu själva *ordet våldtäkt* är av så central betydelse som det stundtals förefaller vara. Man kan t.ex. byta rubrik på brottsbalkens sjätte kapitel; från 'Om sexualbrott' till 'Om våldtäktsbrott.' Då skulle ju även den som blivit dömd för 'bara' grovt sexuellt utnyttjande faktiskt kunna sägas ha blivit fälld för 'ett våldtäktsbrott.' Eller så kan man ju 'slå ihop' paragraferna ett och tre till en enda paragraf med många stycken, och säga att alla de gärningar som beskrivs i denna sammanslagna paragraf skall kallas våldtäkt. Med detta sagt kommer jag inte att intressera mig ytterligare för frågan.

⁵⁵ SOU 2001: 14

⁵⁶ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 625.

⁵⁷ Se exempelvis NJA 1997 s. 538.

⁵⁸ Se exempelvis Jeffner Stina, Liksom våldtäkt, typ.

2. Uppsåtsbedömningen

*"Det förhåller sig inte så, att framsteg i kännedomen m [sic!] själslivet nödvändigtvis påverkar straffrättens uppsåtsbegrepp. Dettas uppgift är inte att återge vetenskapliga sanningar utan att vara ett ändamålsenligt medel för straffrättsskipningen."*⁵⁹

2.1. Direkt, indirekt och eventuellt uppsåt

*"Enligt kommissionens mening torde det icke vara möjligt att giva en på en gång kort och uttömmande bestämning av begreppet uppsåt. [...] En sådan definition torde emellertid för lagens tillämpning icke vara nödvändig. I många punkter är nämligen uppsåtets innebörd icke föremål för något som helst tvivel."*⁶⁰

För att en tilltalad skall kunna dömas för något sexualbrott krävs att han agerat uppsåtligt.⁶¹ Enda undantaget från denna huvudregel gäller offrets ålder, där straffansvar inträder redan vid culpöst agerande.⁶² För att den fortsatta framställningen skall bli begriplig fordras dock att dessa begrepp analyseras närmare. De är nämligen inte särskilt väl anpassade för sexualbrott, däremot för våldsbrott. Uppsåt brukar, klassiskt sett, indelas i direkt, indirekt och eventuellt uppsåt.

Direkt uppsåt till olika former av våldsbrott kan exemplifieras med att man knivhugger någon *för att* man vill döda denne, eller att man slår någon i ansiktet *för att* man vill förorsaka denne smärta. Impulsbetonade våldsbrott torde typiskt sett karakteriseras av denna typ av uppsåt. Med *indirekt uppsåt* menas däremot att man ser den kriminella effekten som *nödvändigt förbunden* med den eftersträlvade effekten eller avsedda gärningen. Som typexempel kan tas att man spränger ett flygplan i syfte att utverka politiska fångars frigivning, väl medveten om att flygpassagerarna därvid dör, eller att man slår någon i ansiktet i avsikt att få denne att flytta sig, väl medveten om att den slagne oundvikligen kommer att uppleva smärta. Även den som spränger ett fartyg som ligger i hamn, med syfte att protestera mot gula fackföreningar i allmänhet och strejkbryteri i synnerhet, har ansetts handlat med indirekt uppsåt i förhållande till den ombordvarande arbetskraftens eventuella död emedan det förelåg s.k. *praktisk visshet* om att någon eller några av dem skulle komma att stryka med i explosionen.⁶³ Detta alltså även om det inte i och för sig var *fullständigt* säkert att någon av dem med *nödvändighet* skulle komma att dö.⁶⁴ (För undvikande av missförstånd; det sagda avser inte eventuellt uppsåt, vilket kommer att behandlas nedan. Såvitt jag förstår saken torde kunskapsteoretiska överväganden ligga bakom föreställningen om 'praktisk visshet' såsom liktydigt med 'nödvändig förbundenhet;' det skulle annars – om det krävdes någon slags *total och omutlig visshet* – onekligen kunna hävdas att man aldrig har direkt eller indirekt uppsåt eftersom man aldrig med *total* grad av säkerhet kan förutse en handlings samlade konsekvenser.)

Någonstans längs beteendeskalan anses det dock gå en gräns där den praktiska vissheten närmast övergår till medvetet risktagande. I dessa fall görs ett s.k. hypotetiskt test; *om* den tilltalade varit *viss* om den olagliga effektens inträde (eller den nödvändiga omständighetens bristande förekomst) *hade* han *i så fall* agerat likadant? Är svaret på denna fråga ja anses *eventuellt uppsåt* föreligga. Är svaret på frågan däremot nej anses han endast varit *medveten vårdslös*. Observera dock att den tilltalade faktiskt måste ha *insett att det förelåg en risk*. Om

⁵⁹ Strahl Ivar Allmän straffrätt i vad angår brotten. s 90, citerad enligt Strömmerstedt Monica, Med vett och vilja? s 34.

⁶⁰ SOU 1923: 9 s 116 - 117.

⁶¹ BrB 1:2 st. 1.

⁶² BrB 6:11.

⁶³ Strömmerstedt Monica, Med vett och vilja? s 60 ff.

⁶⁴ NJA 1909 s. 61.

han *inte insåg* att risken förelåg, men borde insett det, var han *omedvetet vårdslös*. För att döma för mord med eventuellt uppsåt har det ansetts räcka att den tilltalade

*”måste anses hafva till fullo insett, att samtliga i boningsrummet innevarande personers död sannolikt skulle blifva den omedelbara följden af den utaf honom åsyftade explosionen af dynamiten, samt X följaktligen måste anses hafva i uppsåt att döda samtliga i boningsrummet innevarande dit inkastat omförmälda dynamitladdning [mina kursiveringar.]”*⁶⁵

2.2. Sannolikhetsuppsåt och vårdslöshet

*”Att den ifrågavarande effekten för gärningsmannen tett sig sannolik kan inverka på bedömningen hur han skulle ha handlat, om han varit viss om att effekten skulle inträffa och är därför av betydelse för frågan om han handlat med uppsåt, men för ansvar krävs uppsåt som är åtminstone eventuellt. Därmed drages en såvitt möjligt skarp gräns mellan uppsåt och vad som är endast medveten oaksamhet.”*⁶⁶

Det ovan citerade rättsfallet med den morddömde stensprängaren anförs stundtals som exempel på att domstolarna kanske egentligen tillämpar någon typ av *sannolikhetsuppsåt*.⁶⁷ Med sannolikhetsuppsåt menas att gärningsmannen insåg att det var övervägande sannolikt att den olagliga effekten skulle inträffa, eller att den nödvändiga omständigheten inte förelåg. Enligt min mening är distinktionen mellan eventuellt uppsåt och sannolikhetsuppsåt ett ypperligt exempel på *kontraproduktivt rättsdogmatiskt testuggande*.

Bedömningen av hur en tilltalad skulle agerat om han haft andra insikter än han hade är med nödvändighet schematiska i den mån de inte tangerar det rena godtycket. Det är, som det brukar sägas, svårt att föra bevisning om en tilltalads tankar. Det är onekligen än svårare att föra bevisning om vad en tilltalad hade kunnat tänka. Men en bedömning av huruvida den objektiva sannolikheten för att en viss effekt skulle inträda, eller sannolikheten för att en viss omständighet inte förelåg, huruvida den sannolikheten var under eller över 50%, den bedömningen är med nödvändighet *precis lika schematisk och godtycklig*. Till att börja med hävdar statistiker och andra vetenskapliga matematiker att det inte finns någon slump; endast orsakssamband vars komplexitet vi (ännu) inte förstår.⁶⁸ Men även om vi godtar förekomsten av slump, hur skall man avgöra sannolikheten? Medelst experiment? Hugga folk i magen på måfå och föra bok över huruvida 40, 50 eller 60% avlider? Återstår således skönsmässiga bedömningar. Med tanke på att uppsåtsbegreppet primärt är ett verktyg för *ändamålsenligt i straffrättskipningen* har jag svårt att se varför den ena skönsmässigt godtyckliga metoden skulle vara mer lämplig än den andra. För övrigt kan man ju fråga sig på vilka premisser domstolen skulle avgöra sannolikheten för bristande samtycke till samlag, när frågan gäller våldtäkt? ”En enstaka slutledning måste antingen vara sann eller falsk och kan inte ha någon sannolikhetskaraktär.”⁶⁹ Är det typiskt sett 40% sannolikhet för bristande samtycke om kvinnan är sextigt klädd men 60% om hon är mera strikt klädd?

Ett annat argument som stundtals framförs mot sannolikhetsuppsåt är att det gör gränsen gentemot vårdslöshet oklar.⁷⁰ Vårdslöshet brukar indelas i medveten och omedveten vårdslöshet. Om vi tar sexualbrotten som utgångspunkt för ett förtydligande dem emellan anses skillnaden vara följande avseende insikter om kvinnans samtycke till sex: Omedvetet vårdslöst har mannen förfarit om han felaktigt *trodde* att kvinnan samtyckte till sex men

⁶⁵ NJA 1898 B 288, citerad enligt Strömmerstedt Monica, Med vett och vilja? s 63.

⁶⁶ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del ett s 40.

⁶⁷ Strömmerstedt Monica, Med vett och vilja? s 63.

⁶⁸ Poincaré Henri, Slumpen, refererad enligt Sigma redigerad av Newman James R s 956 - 970.

⁶⁹ Pierce Charles Sanders, Rött och svart, citerad enligt Sigma redigerad av Newman James R s 910.

⁷⁰ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del ett s 40 - 41.

borde förstått att så inte var fallet. Medvetet vårdslös har han varit om han insåg risken för att hon inte samtyckte men *chansade* på att så *förhoppningsvis* nog ändå var fallet. Just den sistnämnda situationen är nog så rättsligt relevant eftersom man definitionsmässigt tangerar det eventuella uppsåtet. Nu förhåller det sig dock alltså så att vårdslöst agerande vid sexualbrott endast är straffbart i den mån det rör insikter om kvinnans ålder. Att förutsätta kvinnans tysta samtycke må anses vara aldrig så culpöst; straffbart blir det bara om man kan göra gällande att det vårdslösa beteendet vittnar om ett eventuellt uppsåt, eller om det ger indikation om *dolus von Seth*, vilket är en 'uppsåtsform' som visserligen nyttjas relativt sällan som beskrivande epitet i den straffrättsliga doktrinen, men som enligt min mening på ett funktionellt sätt klargör de resonemang som regelmässigt förekommer i domskälen rörande sexualbrott. Uppsåt rörande sexualbrott följer nämligen, enligt vad jag erfarit, inte riktigt det ovan angivna mönstret.

2.3. Uppsåt rörande sexualbrott

*"I sig är inte definitioner särskilt viktiga. De är värdefulla som hjälpmedel för att kunna tänka klart och enskilda definitioners för- och nackdelar beror därför på vilka syften de skall tjäna."*⁷¹

Visserligen är inget så enkelt att en jurist inte kan framställa det som komplicerat, men begreppsapparaten, med uppsåtstyperna direkt, indirekt och eventuellt uppsåt, som förefaller någorlunda begriplig när man handskas med våldsbrott av olika slag, är mindre lämplig när frågan gäller sexualbrott. Symptomatiskt är att när man vill redogöra för begreppsapparaten på ett någorlunda klart sätt, då tvingas man använda just våldsbrott som exempel. Av skäl som kommer att visa sig efter hand kommer jag i den fortsatta framställningen att, utöver det eventuella uppsåtet, laborera med begreppen *uppenbart* uppsåt, *dolus von Seth* och *sedvanligt* uppsåt. Detta beror huvudsakligen på att de domskäl och de argumentationer som står att finna i de undersökta fallen använder sig av motiveringar som är illa anpassade för de i doktrinen mer allmänt vedertagna uppsåtsformerna. Det enklaste sättet att lösa detta problem är, enligt min mening, att använda alternativa begrepp. Som jag citerade i detta avsnitts inledning är begreppens huvudsakliga funktion att vara användbara hjälpmedel för klart tänkande, begrepp som gör tänkandet oklart är däremot oanvändbara, om inte direkt kontraproduktiva. Det finns alltså ingen självständig anledning att 'pressa in' domstolens formuleringar i doktrinära begrepp om detta bara trasslar till förståelsen av domskälen.

Med *uppenbart* uppsåt avser jag precis vad det låter som; att gärningsmannens uppsåt till det sexuella våldsförandet framstår som så *uppenbart* att det inte behöver fastställas eller utsägas i domskälen att uppsåt var för handen. Denna uppsåtsform är, kommer det att visa sig, vanligast vid rena överfallsvåldtäkter, eller rent allmänt när den gärningsmannen är ett 'sexuellt depraverat monster.'

Med *dolus von Seth* avser jag situationer då gärningsmannen förhållit sig *så* likgiltig till det bristande samtycket att han förtjänar att behandlas och betraktas *som om* han hade agerat uppsåtligt, även om uppsåt i mer allmänt vedertagen mening (läs: direkt, indirekt eller eventuellt uppsåt) inte nödvändigtvis anses kunna fastslås med vederbörlig grad av säkerhet. Uttrycket *dolus von Seth* har jag hämtat från Samuel Cavallins bok *Skuld*, där i sin tur uttrycket hämtats från Nils Jareborg. Att denna typ av uppsåt kallas just *dolus von Seth* har sin ursprungliga upprinnelse i den åsikt om innebörden av eventuellt uppsåt som justitierådet *von Seth* gav uttryck för när han resonerat kring uppsåtsfrågan vid brottet olovlig jakt. Uppsåt är dock uppsåt oberoende av brottstyp, varför begreppet sedan dess börjat användas rörande våldsbrott, och från och med nu alltså även rörande sexualbrott. Ett vanligt sätt att göra *dolus von Seth* gällande, såsom grund för fällande dom, är att fästa uppmärksamheten på den

⁷¹ Campbell Tom, Sju teorier om samhället s 23.

tilltalades 'påfallande likgiltighet' vilken inte alltid är av sådan karaktär att eventuellt uppsåt i och för sig med nödvändighet måste anses föreligga. Av det skälet kallas dolus von Seth stundtals även för *likgiltighetsuppsåt*. Ett annat namn på företeelsen är *gärningsuppsåt*. Jag föredrar beteckningen dolus von Seth, vilken alltså kommer att användas i den fortsatta framställningen.

Dolus von Seth är enligt min åsikt en briljant konstruktion. I stället för att vara begreppens fångar gör sig domarna till begreppens härskare och skapar '*ett ändamålsenligt medel för straffrättskipningen*.' Den konkreta innebörden kan nämligen sammanfattas på temat: 'Insikter hit och förhoppningar dit, avsikter eller inte – det du har gjort är något man inte skall göra, och för det bestraffar vi dig.' För den ortodoxe rättspositivisten kan det möjligen vara problematiskt att hantera de etiska implikationerna i denna typ av straffrättslig analys, men det ser jag mer som ett allmänt sjukdomssymptom hos rättspositivismen rent generellt. Det bör för resten noteras att dolus von Seth endast är avsett att användas vid allvarlig brottslighet som riktas mot den personliga integriteten, dolus von Seth till exempelvis snatteri, ärekränkning eller lindrig misshandel har heller aldrig, mig veterligen, förekommit i domskäl.

Nu skall det omedelbart sägas att jag inte för en sekund tror att varken Tingsrätterna eller Högsta Domstolen faktiskt sitter och tänker i termer av varken dolus von Seth eller andra uppsåtsformer. De olika uppsåtsformerna utgör snarare skolexempel på hur man i doktrin *i efterhand normerar medelst konstruerade begrepp* legitimerar tidigare domar.⁷² Precis som med det eventuella uppsåtet förhåller det sig med dolus von Seth – uppsåtet så att de har uppkommit därför att enskilda domares etiska känsloliv i något läge blir så upprört, inför någon konkret fall att domaren ifråga närmast undermedvetet spontant beslutat sig för att döma den tilltalade för uppsåtligt brott, alldeles oavsett vad gärningsmannen insett eller inte insett, och vid själva domskrivandet sålunda använde formuleringar som baserades på gärningsmannens 'likgiltighet' snarare än något annat. Detta helt enkelt för att glida runt frågan om 'uppsåt' då man annars skulle tvingas frikänna den tilltalade.

Direkt och indirekt uppsåt har jag valt att slå samman till sedvanligt uppsåt. Att distingera mellan direkt och indirekt uppsåt låter sig, vilket kommer att förklaras senare, näppeligen göras i frågor rörande sexualbrott.

Jag kommer därför att gå igenom Tingsrätternas användande av uppsåtsformerna uppenbart, dolus von Seth, sedvanligt och eventuellt uppsåt i tur och ordning, och allt eftersom jämföra dem med motsvarande Högsta Domstolen – praxis.

2.4. Uppenbart uppsåt

*"Även om gärningsmannen utfört en medveten, kontrollerad handling, är det inte säkert att uppsåtskravet är uppfyllt."*⁷³

Rent allmänt förhåller det sig så att när gärningsmannen är att beskriva som ett sexuellt depraverat monster, dvs när det påstådda brottet antingen är av överfallskaraktär eller frågan gäller pedofila övergrepp, då är *uppsåtet icke föremål för något som helst tvivel* och behöver således inte ens nämnas. Kännetecknande för de här fallen är ju för övrigt att det aldrig förs fram påståenden om samtycke. Försvarstalen går konsekvent på temat: 'Har det över huvud taget hänt, så är det någon annan som gjort det.' I dessa fall är uppsåtet närmast att betrakta som *uppenbart*.

Ett bra exempel på att uppsåt i alla relevanta delar stundtals närmast tas för givet är det fall där den tilltalade var misstänkt för att medelst sparkar och slag ha misshandlat en för honom okänd kvinna, målsäganden, till dess hon blev medvetslös. Därefter punkterade han hennes ena lunga med kniv, genomförde själva samlaget, för att därefter avsluta sitt värv med att

⁷² Jfr Glavå Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund s 49.

⁷³ Leijonhufvud Madeleine och Wennberg Suzanne, Straffansvar s 62.

sticka upp en grov pinne i såväl hennes ändtarm som slida, innan han tillfreds med sig själv avlägsnade sig från platsen. Mannen dömdes, på teknisk bevisning, mot sitt nekande för grov våldtäkt. Någon uppsåtsbedömning gjordes aldrig, antagligen för att Tingsrätten betraktade uppsåtet i alla delar som uppenbart med tanke på omständigheterna.⁷⁴ Rörande bedömningen av uppsåtet till våldtäkt riktat mot vuxna kan följande rättsfall från Högsta Domstolen förtjäna att citeras:

”Följande får med beaktande härav [den samlade bevisningen, min anm.] anses utrett. När de kommit fram till en klätterställning invid daghemmet har [den tilltalade] ställt [målsäganden] mot ställningen, dragit ner hennes benkläder och under en tid som hon uppskattade till fem minuter fört sina fingrar fram och tillbaka i hennes slida. [Den tilltalade] har därefter fört henne till en trappa vid daghemmet, där han med tvång förmått henne att suga på hans manslem.

Sammanfattningsvis ger [den tilltalades] handlande anledning till följande bedömning. Redan genom sitt förfarande under den första fasen av händelseförloppet har [den tilltalade] gjort sig skyldig till våldtäkt. Våldet har visserligen inte lett till annat än helt obetydliga fysiska skador på [målsäganden] men likväl innefattat ett brutalt överfall. I den belägenhet som hon befann sig, på en enslig plats en vinternatt utlämnad åt en för henne helt främmande man, måste [den tilltalades] uppträdande anses ha utgjort ett hot som för henne framstod som trängande fara. Brottet kan med hänsyn till den allvarliga integritetskränkningen och omständigheterna i övrigt inte bedömas som våldtäkt av mindre allvarlig beskaffenhet ens i detta första skede. De ytterligare allvarliga integritetskränkningar som [den tilltalade] därefter utsatte [målsäganden] för och det utdragna händelseförloppet framstår vid helhetsbedömningen såsom försvårande. Med hänsyn till det sagda bör [den tilltalade] för det begångna våldtäktsbrottet fällas till ansvar enligt 6 kap 1 § 1 st BrB.”⁷⁵

Något resonemang om den tilltalades insikter i målsägandens upplevelse av hjälplöshet förekommer som synes inte; insikten/uppsåtet i den delen tas helt enkelt för givet. På samma sätt behandlar Tingsrätterna frågan om uppsåtet i härmed jämförliga fall; har en överfallsvåldtäkt ägt rum spelar gärningsmannens uppsåt ingen större, eller ens någon som helst självständig roll i domskälen; man berör inte ens frågan och låter därmed underförstått förstå att den tilltalade, om denne är rätt gärningsman, skall dömas för uppsåtligt brott oavsett vad han möjligen kan tänkas ha haft för mentala förbehåll.⁷⁶ Något rättsfall av de här kategorierna, där uppsåtsbedömningar gjorts på något från Högsta Domstolen – praxis avvikande sätt har jag inte funnit. När uppsåt är att betrakta som uppenbart för helt enkelt ingen av instanserna några resonemang om saken.

Till saken hör givetvis att för fällande dom på uppenbart uppsåt i praktiken krävs att målet rör någon slags någorlunda renodlad *överfallsvåldtäkt*. Med tanke på att överfallsvåldtäkter kännetecknas av att en för offret mer eller mindre okänd man tvingar sig på sitt offer på sådant sätt att hon (åtminstone vanligen) drabbas av fysiska skador förefaller det förvisso naturligt att ta uppsåtet för givet i dessa fall. För övrigt torde det nog för de flesta framstå som direkt stötande om rätten hade börjat resonera om vad gärningsmannen möjligen kan ha trott eller inbillat sig i ett sådant fall. Vid en samlad bedömning förefaller de respektive instanserna

⁷⁴ B 6492-00 Göteborgs Tingsrätt.

⁷⁵ NJA 1986 s. 414.

⁷⁶ Se exempelvis B 3860-01 Göteborgs Tingsrätt.

alltså samstämmiga i denna del.⁷⁷ Man förutsätter uppsåt såsom uppenbart på i stort sett jämförliga fall och under motsvarande situationer.

2.5. Dolus von Seth

*”Psykoanalytiska förklaringar [...] är utan intresse i förevarande sammanhang.”*⁷⁸

Ibland framstår det som mindre självklart att uppsåt i vedertagen bemärkelse föreligger. Ett bra exempel på en situation då uppsåt till att med våld eller hot om våld betvinga offrets bristande samtycke faktiskt kan anses framstå som oklart är följande, där Tingsrätten sammanfattar:

”Hon bad honom sedan ringa efter en taxi eftersom hon kände sig trött och berusad och ville åka hem. [Den tilltalade] sade nej till detta. Helt plötsligt stod [den tilltalade] bredvid henne på vänster sida med bar underkropp och han hade erektion. Han hade endast T-shirt på sig. När [den tilltalade] nekade att ringa efter en taxi *förstod hon att något var på gång*. [Den tilltalade] uppträdde bestämt och militant och han tog tag i hennes nacke. [Den tilltalade] tryckte in sin penis i hennes mun vid två tillfällen. Han försökte få utlösning i hennes mun. Därefter förde han henne iväg till soffan i rummet. Hon var rädd och kände *ett slags* hot från honom och *det var underförstått att det var han som bestämde*. Hon kände sig i underläge och hon ville inte ha stryk. Han drog ner hennes byxor och trosor. Hon berättade att hon hade hepatit C. [Den tilltalade] svarade att han också hade hepatit C. Det blödde kraftigt från underlivet men han tilltvingade sig samlag med henne. [mina kursiveringar.]”⁷⁹

Det tål att observeras att målsäganden alltså *inte ens påstår sig* ha klargjort sitt bristande samtycke särskilt tydligt. Att fråga efter en taxi *innan* mannen inleder sina sexuella närmanden kan knappast tolkas som ett ovillkorligt och omisskännligt ’nej’ till sex *efter* att mannen klargjort sitt intresse för sex. Kvinnans påpekande att hon har en blodsjukdom kan möjligen, om än inte nödvändigtvis, tolkas som en varning, snarare än ett entydigt ’nej.’ I domskälen gör sig Tingsrätten dock inte besvär med att ens antyda att den tilltalade skulle frammanat en hotbild, eller ens varit medveten om att målsäganden upplevde ett tvång; man konstaterar endast att det ”framstår som mindre sannolikt”⁸⁰ att hon deltog frivilligt.

För undvikande av missförstånd; jag menar *absolut inte* att Tingsrätten *borde* resonerat på ovan angivet sätt (och frikännt den tilltalade.) Det är en i materiellt hänseende ypperlig dom eftersom rätten uppmärksammar och rättsligt erkänner *kvinnans upplevelse* av utsatthet som grund för fällande dom utan att med formalistisk nit kräva att något hot uttryckligen formulerats. Jag menar däremot att eftersom en alternativ rättslig tolkning av händelseförloppet (en tolkning som skulle leda till frikännande dom) faktiskt är *tänkbar* vore det på sin plats att Tingsrätten talade om *varför man inte* tolkar händelseförloppet på det viset. Ändå förs inte något resonemang alls om vad den tilltalade trodde eller inte trodde. Det bör understrykas att den tilltalade faktiskt erkände att ett oralt samlag i och för sig ägt rum, men uttryckligen hävdade att målsäganden hade samtyckt frivilligt till detta samlag.

Det förefaller närmast vara så att man i det här fallet dömde med hänvisning till vad som alltså brukar kallas *dolus von Seth*, vilket, som tidigare nämndes, anses föreligga när en gärningsman förhållit sig *så* likgiltig till handlingens effekter, eller de omständigheter under

⁷⁷ B 6492-00 Göteborgs Tingsrätt, B 7648-00 Göteborgs Tingsrätt, B 3860-01 Göteborgs Tingsrätt jämfört med NJA 1986 s. 414, NJA 1996 s. 176.

⁷⁸ Jareborg Nils Straffrättens gärningslära s 93.

⁷⁹ B 12664-98 Göteborgs Tingsrätt.

⁸⁰ B 12664-98 Göteborgs Tingsrätt.

vilka handlingen företogs, att han, oavsett (eventuellt bristande) förekomst av direkt, indirekt eller eventuellt uppsåt är värd att betraktas, och bestraffas, *som om han vore* ansvarig i uppsåtlig mening. Tillåt mig att precisera detta mitt påstående en aning. Jag menar alltså inte att Tingsrätten gjorde ett medvetet val att 'tillämpa' dolus von Seth. Med uttrycket 'grundade sig på dolus von Seth' menar jag att det samlade resonemang som av domskälen att döma låg till grund för rättens ledamöters beslut att döma till fällande dom lämpligen kan sammanfattas och tituleras dolus von Seth. Uttryckliga val, eller ens medvetna val, mellan olika uppsåtsformer är ytterst ovanliga i Tingsrättens domskäl; faktum är att det förekommer endast i ett fall (fallet ifråga kommer att behandlas nedan under 2.7. *Eventuellt uppsåt till våldtäkt*.)

Ett annat fall som enligt min mening grundade sig på dolus von Seth hos gärningsmännen var det fall som handlade om tre män som (möjligen drogat och) medfört en ensam och kraftigt berusad kvinna till en lägenhet under påståendet att hon gett uttryck för gillande inför tanken på gruppsex med tre okända män. Att Tingsrätten avfärdade de tre gärningsmännens påstående om *konkret* samtycke från kvinnans sida är en sak, däremot fördes inga som helst resonemang om huruvida (åtminstone någon av) de tilltalade möjligen kunde ha *trott* att så var fallet. (Se nedan under 2.6. *Direkt och indirekt uppsåt till våldsförande* om 'putativt samtycke.') Tingsrättens domskäl antyder snarast att de anser att gärningsmännens beteende rent allmänt vittnar om en *så påfallande likgiltighet* inför kvinnans sexuella och personliga integritet att de hur som helst skall dömas *som om* de agerat uppsåtligt.⁸¹

Det skall noteras gällande Tingsrättspraxis, att såväl uppenbart uppsåt som dolus von Seth endast läggs till grund för fällande dom i fall där den tilltalade, av ena eller andra skälet, är att betrakta som en *luguber niding*. Detta överensstämmer väl med praxis från Högsta Domstolen rörande det uppenbara uppsåtet, men i Högsta Domstolens praxis förefaller däremot dolus von Seth kunna tillämpas *även* i fall då det *inte* framstår som otvivtigt att den tilltalade är en allmänt moraliskt förkastlig illdådare.⁸² Eftersom uppsåt är uppsåt, oavsett brott, borde alltså även Tingsrätterna kunna döma gärningsmän med dolus von Seth – orienterade motiveringar i fall då valalternativen står mellan att frikänna den tilltalade eller att lägga den omvittnade likgiltigheten till grund för fällande dom.

Ett exempel på när en dolus von Seth – formulering näppeligen hade kunnat anses kontroversiell (dvs ett fall då det var uppenbart att den tilltalade var likgiltig i alla relevanta hänseenden) men Tingsrätten valde att frikänna från våldtäkt är B 11558-99 Göteborgs Tingsrätt, där den tilltalade förnekade att han *med våld tvingat* sin lillasyster till samlag. Dessvärre är betydande delar av partsutsagorna sekretessbelagda, så en säker tolkning av fallet är svår. Så mycket framgår dock att målsäganden varit ytterst illa av vad hon upplevt, eftersom hon till följd av sina upplevelser ansågs "vara så skör"⁸³ att hon inte kunde höras av rätten. Detta torde sammanhålla bland annat just med att gärningsmannen var hennes storebror. Gärningsmannen gav dessutom uttryck för en osedvanligt flagrant brist på respekt för sin lillasyster genom att bland annat försöka slippa undan åtalet för sexuellt utnyttjande av underårig genom att göra gällande "att målsäganden kan vara ett hittebarn och att den angivna dagen för hennes födelse kan vara oriktig."⁸⁴ Syftet med detta påstående var att antyda att målsäganden således kanske hade fyllt femton år vid tiden för de påstådda övergreppen. Nu underkände i och för sig Tingsrätten detta argument ("[D]et finns inga skäl att misstro filippinska myndigheters noggrannhet då det gäller att registrera filippinska invånares födelsetid."⁸⁵) men ett mer tydligt sätt att ge uttryck för sin likgiltighet inför offrets väl och ve i största allmänhet kan jag svårigen föreställa mig. Rättsfallet ifråga kan i och för sig ge

⁸¹ B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt.

⁸² Se exempelvis NJA 1919 s. 367, 1942 s. 358.

⁸³ B 11558-99 Göteborgs Tingsrätt.

⁸⁴ B 11558-99 Göteborgs Tingsrätt.

⁸⁵ B 11558-99 Göteborgs Tingsrätt.

intrycket av att man inte vet vad som i objektivt hänseende ägt rum, och att det skulle fallera på bevisvärdering, men som vi skall se senare under 3. *Bevisvärdering* hade Tingsrätten mycket väl kunnat lägga målsägandens berättelse till grund för sin bedömning om man så velat. Problemet är dock att målsägandens berättelse i sin helhet är sekretessbelagd, så det är svårt att uttala sig med större säkerhet.

Det finns, om man tittar på källmaterialet, bara *belägg* för att dolus von Seth används av Tingsrätterna när det, jämfört med Högsta Domstolens praxis, med *bred marginal* är möjligt att göra det.⁸⁶ I det enda fall då det hade varit möjligt att tillämpa uppsåtsformen på en, jämfört med Högsta Domstolens praxis 'typisk' dolus von Seth – situation valde man från Tingsrättens sida att inte göra det. Så långt fakta; frågan är hur fakta skall tolkas. Å ena sidan vore det antagligen att dra alltför stora växlar på dessa fakta att hävda att Tingsrätterna rent generellt är mer ovilliga än Högsta Domstolen att fälla ett tilltalad med en dolus von Seth – resonemang. Å andra sidan är de fall då Tingsrätterna väljer att föra dolus von Seth – resonemang av den karaktären att de tangerar det uppenbara uppsåtet; man *väljer* att *resonera* i uppsåtsfrågan i situationer då det, med Högsta Domstolens praxis som måttstock, framstår som tveksamt om resonemanget faktiskt behövs för att göra domskälen begripliga. Detta förhållande *antyder* något; närmare bestämt antyder det att Tingsrätterna uppfattar det som mindre självklart att tillskriva den tilltalade uppsåt än vad Högsta Domstolen uppfattar det. Det klena källmaterialet gör det riskabelt att göra några säkra tolkningar, men det förefaller alltså finnas vissa – om än svaga – indikationer på att Tingsrätterna är mer ovilliga än Högsta Domstolen att betrakta en gärningsman som så likgiltig inför det bristande samtycket att han är värd att bestraffas.

2.6. Direkt och indirekt uppsåt till sexualbrott – sedvanligt uppsåt

*"Vad som inträffat före övergreppet kan emellertid, menar kommittén, någon gång få betydelse vid avgörandet av om uppsåtsrekvisitet är uppfyllt."*⁸⁷

Direkt uppsåt till våldtäkt förutsätter att gärningsmannen tilltvingar sig ett samlag *just* för att han vill *tvinga* till sig samlaget. I några av de undersökta fallen kan faktiskt direkt uppsåt till våldtäkt tänkas föreligga. Den sjukligt svartsjuke man, som tvingar sig in hos sin f.d. flickvän, våldtar henne och omedelbart därefter ringer hennes innevarande pojkvän och med illa dold skadeglädje meddelar att han 'varit med' kvinnan⁸⁸ kan nog antas ha våldtagit henne *just eftersom* hon inte ville ha sex med honom fler gånger. Man kan naturligtvis hävda att det direkta uppsåtet avser tillfredsställelse av den egna, perverterade, sexualdriften, och att det således 'endast' föreligger *indirekt uppsåt* till våldförandet. Lyckligtvis behöver vi inte fördjupa oss i de här figureernas själsliv så till den milda grad att vi kan reda ut huruvida de agerat med direkt eller indirekt uppsåt; distinktionen uppsåtsformerna emellan saknar relevans för den här uppsatsens vidkommande. Möjligen är distinktionen relevant för psykoterapeuter och andra människor som tvingas ta hand om sexförbrytarna efter att rättsväsendet beslutat sig för att bura in dem. I den fortsatta framställningen kommer således begreppen direkt uppsåt och indirekt uppsåt att betecknas *sedvanligt uppsåt*. Det eventuella uppsåtet däremot har en del säregenheter som förtjänar en separat analys, så det eventuella uppsåtet anses, för den fortsatta framställningens del, inte som sedvanligt uppsåt.

Kännetecknande för det sedvanliga uppsåtet till sexuellt våldförande är att gärningsmannen har *insikt i det bristande samtycket* och att det bristande samtycket avsiktligt betvingats, (om frågan gäller våldtäkt) eller att offrats bristande förmåga att värja sig utnyttjats på ett otillbörligt sätt (om frågan gäller sexuellt utnyttjande.) Som jag nämnde i *avsnittet 1.5*.

⁸⁶ B 12664-98 Göteborgs Tingsrätt, B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt jämfört med NJA 1919 s. 367, 1942 s. 358.

⁸⁷ Proposition 1 983/84: 105 s 20.

⁸⁸ B 13098-00 Göteborgs Tingsrätt.

Avgränsningar innebär detta, annorlunda formulerat, att gärningsmannen förstår att kvinnan inte vill, respektive förstår att hon befinner sig i en situation då hon inte kan klargöra sitt bristande vilja till sex. Rörande sexuellt utnyttjande förhåller det sig så att den som av det ena eller andra skälet inte kan värja sig inte heller kan lämna eller inneha ett giltigt samtycke.⁸⁹ Uppsåtet i de fallen avser alltså endast insikter i de omständigheter som gjort brottsoffret oförmögen att värja sig.

Det är viktigt att ha klart för sig att bristande samtycke är en objektiv brottsförutsättning! Om kvinnan *faktiskt* samtycker spelar det ingen roll om mannen *vill* våldta, är *likgiltig* till samtycket eller om våldtäktsuppsåtet är *uppenbart* – den brottsliga viljan allena är inte straffbar. Men för att straffansvar för våldtäkt skall inträda krävs *dessutom* att det bristande samtycket *uppsåteligen betvingats*.

Förslag om att bristande samtycke skulle *räcka* för att konstituera våldtäkt har av lagstiftaren avfärdats med att "[o]m det avgörande för den rättsliga prövningen är om och hur samtycke har lämnats måste brottsutredningen inriktas på offret. Frågor som rör hur kvinnan markerade att hon inte var intresserad av ett sexuellt umgänge måste givetvis utredas."⁹⁰ Felet med *det* argumentet mot en ren samtyckesreglering är bara att *redan idag* måste brottsutredningen delvis, stundtals huvudsakligen, inriktas på offret. I samma nu som den tilltalade gör samtycke gällande måste sanningshalten i påståendet utredas – detta följer av kravet på uppsåt. Hur *kvinnan betett sig* före övergreppet avgör om domstolen fäster tilltro till mannens påstående att *han trodde att hon ville ha sex*.

Tillåt mig en liten utvikning i ämnet 'utredande av påståenden.' Det påstås emellanåt att det är kränkande gentemot våldtäktsoffret att hon skall behöva svara på frågor om huruvida hon samtyckte till samlag eller inte. Med förbehåll för att det givetvis är fullständigt oacceptabelt att bli utsatt för kränkande *formuleringar och undertoner* i frågeform menar jag dock att det antagligen är nödvändigt att stundtals faktiskt ställa frågor på det temat. Rätten vet nämligen inte, *i den stund frågan ställs*, om målsäganden faktiskt *är* ett våldtäktsoffer eller inte. Det är ju just för att utröna om så är fallet eller inte som frågan måste ställas. När man definierar *själva frågandet* om samtycke som kränkande gentemot våldtäktsoffret förefaller man *ta för givet* att den tilltalade rent faktiskt är skyldig till våldtäkt. Även om det naturligtvis är sant att exempelvis män som blivit misshandlade och rånade aldrig behöver konfronteras med frågor om hur de var klädda eller om de betett sig provokativt och/eller utmanande gentemot den tilltalade, så beror inte det faktum att de 'slipper' frågan enbart på att de är män. Snarare beror det på att samtycke aldrig förekommer i de här fallen. Däremot händer det som bekant att personer samtycker till samlag, varför frågan om samtycke *kan* vara befogad. En annan situation som förtjänar att nämnas som jämförelse är när det påstådda brottet är sexuellt ofredande i bemärkelsen sexuell beröring av barn. I dessa fall är den tilltalade typiskt sett en man, och denne man konfronteras regelmässigt med frågor som *sannerligen* kan upplevas som kränkande. Frågorna syftar nämligen ofta till att utröna om mannen, som ofta är en farbror eller styvpappa till målsäganden, exempelvis pussat barnet på 'vanligt' sätt eller om det funnits sexuella undertoner i pussandet. Mannen kan även tvingas redogöra för hur man betett sig i hygieniska situationer på frågetemat 'håller du på väldigt länge med att torka henne när hon suttit på pottan?' På samma sätt som den våldtagna kvinnan kan ha svårt att värja sig mot insinuerande frågor om 'egentligt' samtycke kan den för pedofila övergrepp oskyldigt misstänkte mannen ha svårt att värja sig mot insinuerande frågor om ett pedofilt sinnelag. Detta är givetvis djupt beklagligt, men jag kan näppeligen tänka mig något alternativ i dessa situationer än att ställa frågorna, kränkande eller inte. Jag har svårt att föreställa mig hur man skulle kunna genomföra en vettig och någorlunda rättssäker rättegång utan att söka utröna alla relevanta aspekter och väsentliga oklarheter. Däremot måste naturligtvis frågorna

⁸⁹ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 625.

⁹⁰ SOU 2001: 14 s 128.

ställas med respekt för (den eventuellt våldtagna) kvinnans integritet och allmänna välmående.

Frågan huruvida kvinnan samtyckte till sex måste alltså med nödvändighet utredas. Dessutom måste, för utrönande av om den tilltalade hade uppsåt eller inte, utredas om gärningsmannen hade *insikt* i det bristande samtycket och *uppsåt* att betvinga detta bristande samtycke. Det är alltså på intet vis så, som lagstiftaren verkar inbilla sig, att uppsåtsbedömningen på något sätt ersätter frågan om kvinnans samtycke eller bristande samtycke. Det bör för övrigt understrykas att det är skillnad på frågan om huruvida kvinnan samtyckte eller inte, å den ena sidan och frågan om hur mannen förhöll sig till kvinnans samtycke å den andra. Den förstnämnda frågan sätter mycket riktigt fokus på kvinnan/offrets agerande; frågan blir om hon tydligt signalerade sitt bristande samtycke eller inte. Den senare frågan sätter däremot fokus på gärningsmannens agerande och överväganden. Jag återkommer till detta i avsnittet 6.2. *Något om vårdslösa våldtäkter*, men i det här sammanhanget skall vi alltså ha klart för oss att våldtäktsbrottet förutsätter ett bristande samtycke som uppsåtligen betvingats, dvs mannen skall ha haft insikt i det bristande samtycket – förstått att kvinnan inte ville – och, medelst våld eller hot om våld eller genom att försätta sitt offer i vanmakt, uppsåtligen satt sig över detta bristande samtycke.

Den nedre gränsen i Högsta Domstolens praxis för att insikt i bristande samtycke ansetts föreligga är att det 'måste ha framstått som uppenbart' att så var fallet;

”Även om [målsäganden] inte gjorde något motstånd och inte protesterade, var situationen sådan att det måste ha framstått som uppenbart för [den tilltalade] att hon inte frivilligt skulle inlåta sig på ett sexuellt umgänge med honom.”⁹¹

I Tingsrättens domskäl i samma mål förs det resonemang om hur mannen försatt kvinnan i en situation som präglades av att hon upplevde sig utlämnad (de befann sig ensamma på en avsides lekplats.) Även om Tingsrätten inte använder formuleringen 'framstått som uppenbart' är det mitt intryck att man beskriver situationen i syfte att förklara varför det måste framstått som just 'uppenbart'.⁹² (Observera att när rätten *för ett resonemang om*, eller direkt utsäger, att det 'framstått som uppenbart' är uppsåtet inte 'uppenbart' i den mening jag använder begreppet 'uppenbart uppsåt' i denna uppsats. Det är skillnad på att uppsåtet tas som så uppenbart att det *inte behöver nämnas*, å den ena sidan, och situationer då man behöver *säga* att uppsåtet varit 'uppenbart!') Denna 'lägsta grad' av sedvanligt uppsåt – att man resonerar/konstaterar att uppsåtet är uppenbart eller 'helt klart' – var tillräcklig för fällande dom i Tingsrätten även i följande fall:

”Vad sedan gäller det andra samlaget visar utredningen att [den tilltalade] inte tilltvingat sig detta genom våld eller hot om våld. Mot bakgrund av vad som tidigare hänt måste det emellertid stått fullkomligt klart för [den tilltalade] att [målsäganden] inte frivilligt gick med på detta och att hennes fullständiga passivitet och underkastelse berodde på en fruktan att han skulle utöva ytterligare våld mot henne. Att under sådana omständigheter utnyttja [målsägandens] utsatta tillstånd bör enligt tingsrättens uppfattning bedömas som sexuellt utnyttjande.”⁹³

Men att fullmånens klara sken är vitt förändrar inte att natthimlen är svart. Frågan är nämligen *vad som krävs* för att Tingsrätterna *skall anse* att det 'framstår som uppenbart' att samtycke inte föreligger. I detta fall krävdes det en omedelbart föregående 'reguljär' våldtäkt,

⁹¹ NJA 1993 s. 310.

⁹² NJA 1993 s. 310, Tingsrättens domskäl.

⁹³ B 1478-00 Mölndals Tingsrätt.

som följdes av det samlag där det 'måste stått fullkomligt klart' för gärningsmannen att hon inte frivilligt samtyckte till ytterligare samlag. I fallet med den i förhållande till kvinnan sjukligt fixerade ex – pojkvännen som efter samlaget ringde upp hennes innevarande pojkvän hade samlaget föregåtts av såväl misshandel som åverkan, vilket sammantaget förefaller ha ansetts konstituera insikt i bristande samtycke.

”Det är utrett i målet att [den tilltalade] före samlaget gjort sönder [målsägandens] telefon vid sängen för att hindra henne från att ringa sina föräldrar och att han under natten haft kontroll över mobiltelefonerna. [...] han hade sädesavgång i henne, trots att hon enligt vad han själv påstått bad honom låta bli, och att han mot hennes vilja ringde till [målsägandens innevarande pojkvän.]”⁹⁴

Alltså; om det påstådda våldförandet *föregås av annan brottslighet* är uppsåtsrekvisitet, att det 'måste framstått som klart,' i allmänhet uppfyllt i Tingsrättspraxis. Återigen är det viktigt att tänka på att domstolen med denna typ av formuleringar skickar ut en signal om vad som krävs för att uppsåtsrekvisitet skall anses uppfyllt. Genom att konsekvent hänvisa till omedelbart föregående brottslighet riskerar man att skapa en bild av att det är just omedelbart föregående brottslighet som *konstituerar* den aktuella insikten i bristande samtycke.

I sammanhanget kan det vara värt att påminna om historiematerialismens allmänna lag om det kvantitativas övergång till kvalitativa förändringar. Utan att borra mig alltför djupt ner i den dialektala logikens alla snåriga vinklar och vrår är poängen i sammanhanget att när domstolen 'tillräckligt många gånger' *in konkretum* konstaterar att en viss omständighet föreligger kan resultatet bli att förutsättningen ifråga (i det här fallet föregående brottslighet) övergår från att vara en *tillräcklig* förutsättning till att bli en *nödvändig* förutsättning. Vad som är 'tillräckligt många gånger' går givetvis inte att på förhand ge ett exakt svar på. Frågan om huruvida en sådan kvalitativ förändring *de facto* ägt rum kan endast besvaras om vi också tittar på situationer då våldförandet *inte* omedelbart föregicks av annan brottslighet. En aning om vad svaret är kan vi få om vi tittar på gränsdragningen mellan våldtäktsparagrafens första och andra stycke, dvs frågan om huruvida en våldtäkt varit 'mindre allvarlig' eller inte.

”Kvällen före händelsen hade [den tilltalade] gått ut på krogen med några kompisar. Det var meningen att [målsäganden] också skulle varit på krog med sin syster, men det blev inte så. Hon låg och sov i deras säng när [den tilltalade] kom hem sent på natten. Utan att väcka henne grep han tag i henne och vände henne på rygg, lade sig över henne och höll fast henne, trots hennes skrik, gråt och försök att komma loss. Hon skrek att han skulle sluta, men fick inte någon kontakt med honom. Han tvingade isär hennes ben och genomförde ett samlag snabbt.

[...]

Det återstår att bedöma om våldtäkten kan anses med hänsyn till våldets art och omständigheterna i övrigt kan vara mindre allvarlig i enlighet med våldtäktsparagrafens andra stycke. En sådan bedömning skall ske utifrån samtliga omständigheter. [Målsägandens] uppgifter ger inte stöd för annat än att våldet inte varit kraftigare än just vad [den tilltalade] behövt använda för att genomföra samlaget. Vid en samlad bedömning av omständigheterna måste även beaktas att [målsäganden] själv uppenbarligen inte ansett våldtäkten allvarligare än att hon efter den fortsatt att leva tillsammans med [den tilltalade] och även – om än i minskad omfattning – fortsatt att ha sexuellt umgänge med honom. Tingsrätten

⁹⁴ B 13098-00 Göteborgs Tingsrätt.

anser, särskilt med beaktande av dessa förhållanden, om än med viss tvekan på grund av det överfallsliknande sätt som [den tilltalade] inlett våldtäkten med, att den kan bedömas som våldtäkt enligt 6 kap 1 § andra stycket brottsbalken.”⁹⁵

Att kvinnan inte omedelbart sade upp all form av bekantskap med mannen läggs alltså till grund för att våldtäkten var ’mindre allvarlig.’ Man frågar sig om detta gäller även andra brott; räknas misshandel som lindrig misshandel om offret fortsätter träffa förövaren? Anses stöld som snatteri om offer och gärningsman fortsätter umgås efter tillgreppet? Även i dessa paragrafer talas det om ’övriga omständigheter’ men jag har aldrig konfronterats med dylika resonemang gällande de brotten.

Poängen är följande; själva våldtäkten hade inte föregåtts av någon annan brottslighet. Inte heller förekom någon omedelbart efterföljande brottslighet. Mannen hade ’endast’ använt det mått av våld och tvång som var ’nödvändigt’ för att kunna verkställa våldtäkten. Således bedömdes mannens agerande, om än med tvekan, som mindre allvarligt. Gärningsmannen var nämligen varken ett sexuellt depraverat monster eller någon luguber nidingsman, utan en helt ’vanlig’ man som tilltvingade sig sex trots att han rimligtvis ’måste insett’ att kvinnan inte samtyckte. Mot att se detta fall som ett tecken på att ’föregående brottslighet’ är en förutsättning för våldtäkt talat naturligtvis det faktum att den tilltalade faktiskt döms för våldtäkt, men det ligger onekligen nära till hands att tolka fallet som att ’föregående brottslighet’ är en förutsättning för att en *vanlig*, eller genomsnittlig, våldtäkt skall anses vara för handen. Han döms faktiskt bara för ’mindre allvarlig’ våldtäkt vilket har ett lägre straffvärde. För en sådan tolkning av rådande situation – alltså att föregående brottslighet tangerar det nödvändiga för fällande dom – talar även följande fall, där våldtäkten inte heller påstods ha föregåtts av annan brottslighet, och där Tingsrätten dömde till *frikännande* dom med anledning av följande konstaterande;

”Det kan inte uteslutas att [målsäganden] som var berusad och faktiskt frivilligt följde med [den tilltalade] till dennes hytt, tillåtit att [den tilltalade] hade samlag med henne.”⁹⁶

Vid en första läsning av domskälen får man intrycket av att det endast handlar om bevisvärdering; man vet inte på vem man skall tro. Det är dock svårt att frigöra sig från känslan att Tingsrätterna stundtals *omformulerar* sin misstanke om endera ursprungligt samtycke eller s.k. *putativt samtycke* till att framstå som en ren bevisvärderingsfråga. Menar egentligen Tingsrätten att man inte vet vem man tror på, eller försöker man i inlindade ordalag säga att kvinnan nog trots allt samtyckte till samlaget när det ägde rum, och sedan ’ångrade sig,’ dvs att hon alltså numera ljuger? Eller menar man att kvinnans agerande, att i berusad tillstånd frivilligt följa med en man till dennes hytt i vart fall gav mannen *grundad anledning anta* att hon samtyckte till sex?

När det framförs uttryckliga påståenden, från den tilltalade, om ursprungligt samtycke från målsägandens sida dyker nämligen ett särskilt problem avseende uppsåtsbedömningen upp, det s.k. *putativa samtycket*. ’Putativt samtycke’ anses föreligga om den tilltalade felaktigt men ärligen *tror* att ’verkligt’ samtycke föreligger.⁹⁷ Putativt samtycke anses i praxis utesluta uppsåt. På sin höjd kan man dömas för culpöst brott om den felaktiga tron uppstår till följd av egen vårdslöshet, men eftersom sexualbrott alltså förutsätter uppsåt fungerar putativt samtycke som ansvarsfrihetsgrund. *Hypotetiskt samtycke* däremot är något annat, det föreligger när ’offret’ *hade* samtyckt *om* denne tillfrågats. En förutsättning för ansvarsfrihet är

⁹⁵ B 2115-00 Mölndals Tingsrätt.

⁹⁶ B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt.

⁹⁷ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 571.

dock i så fall att hypotesen stämmer; någon möjlighet att göra gällande putativt hypotetiskt samtycke godtas inte i svensk rättspraxis.⁹⁸ Å andra sidan: den som tror att han hade fått samtycke om han hade frågat kan nog sägas ha trott att samtycke förelåg d.v.s. putativt hypotetiskt samtycke kan nog typiskt sett antas innebära putativt samtycke. Detta innebär dock inte att blanka påståenden om att man 'trodde' att målsäganden samtyckte är tillräckligt för frikännande dom. Högsta Domstolen avfärdade ett påstående om putativt samtycke med följande resonemang:

”[Den tilltalade] har tagit ett strupgrepp på henne av kortare varaktighet och det har orsakat andningssvårigheter. Även om strupgreppet enligt [expertvittnes] utlåtande varit av mycket lindrig natur har det skapat skräck hos henne. [Den tilltalade] har vidare hållit fast hennes armar och fortlöpande kontrollerat hennes rörelser i lägenheten under en inte oansenlig tidsrymd

[...]

[Hon har] gråtit och klart visat att hon inte ville ha samlag med honom, vilket han också måste ha förstått.”⁹⁹

Tingsrätten i samma mål avfärdade även de den tilltalades resonemang om putativt samtycke, men utan att uttryckligen resonera närmare om uppsåtsformen:

”Han lade sig ovanpå henne och höll fast hennes händer för att hindra henne från att slå honom. [Målsäganden] började skrika och gråta högt. För att inte grannarna skulle störas lade han sin ena hand över hennes mun. Han tog av sig sina kläder och drog av [målsäganden] hennes pyjamasbyxor och trosor. [Målsäganden] knep ihop sina ben och han fick använda lite våld då han med sitt ena ben särade dem. När han trängde in i henne gjorde hon inget motstånd. Han trodde därför att hon samtyckte till samlag. Samlaget varade i 2-3 min och han fick utlösning.”¹⁰⁰

Som jag nämnde ovan är uppsåtet inte 'uppenbart' i den mening jag använder begreppet när *ett förklarande eller beskrivande resonemang* anses behöva föras när uppsåtet skall fastslås. Det intressanta med det här fallet är den beskrivning av händelseförloppet som utgör grunden för att avfärda det putativa samtycket. Tingsrätten tar fasta på en beskrivning av verkligheten där våld, oväsen och upprörda känslor har en mer framträdande position än i den verklighetsbeskrivning Högsta Domstolen väljer att formulera. Det väsentliga för Högsta Domstolen förefaller vara att kvinnan 'klart visat' att hon inte ville, vilket mannen 'måste ha förstått' eftersom kvinnan 'började gråta.' Förvisso kommer såväl Tingsrätten som Högsta Domstolen fram till att det putativa samtycket kan avfärdas, och att uppsåt alltså är för handen. Skillnaden består i att för att Tingsrätten skall kunna motivera att det putativa samtycket avfärdas förefaller man känns sig föranledd att infoga en s.a.s. 'värre' verklighetsbeskrivning än vad Högsta Domstolen gör.. Man frågar sig onekligen om Tingsrätten avfärdat det putativa samtycket även om de utgått från att hon 'började gråta' snarare än att hon 'började skrika och gråta högt?' Hade man underkänt påståendet om det putativa samtycket med utgångspunkt i ett struptag av 'mycket lindrig natur' snarare än att 'han lade sig ovanpå henne och höll fast hennes händer för att hindra henne från att slå honom?'

⁹⁸ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 622.

⁹⁹ NJA 1986 s. 127.

¹⁰⁰ NJA 1986 s. 127, Tingsrättens domskäl.

Påståenden om putativt samtycke måste alltså på något sätt *göras troligt av den tilltalade* för att rätten skall fästa någon uppmärksamhet på det, från blanka påståenden kan bortses.¹⁰¹ Ett fall då påstående om putativt samtycke av Hovrätten ansågs ha gjorts troligt är följande:

”Beträffande åtalen för våldtäkt 1990 och 1991 har [målsäganden] lämnat en berättelse som i stort sett stämmer överens med vad som antecknats i tingsrättens dom. Det är ostridigt att parterna under jul- och nyårshelgen 1989-1990 diskuterat ett återupptagande av det sexuella samlivet och att [målsäganden] åtminstone i inledningsskedet ställt sig negativ till detta. Vidare är utrett att [målsäganden] i tiden efter det att den första våldtäkten skulle ha ägt rum haft ett stort antal samlag med maken. [Målsäganden] har förnekat att hon före det första samlaget gått med på att återuppta den sexuella samlevnaden och hävdar att hon med kraft motsatt sig detta. Hon har emellertid, sedan [den tilltalade] uppgett att hon vid diskussionerna framställt kravet att kondom skulle användas vid samlagen, bekräftat att detta var en självklarhet eftersom hon inte ville bli gravid igen. Dessa omständigheter sammantagna med sådana anmärkningsvärda uppgifter från [målsägandens] sida som att [den tilltalade] innan samlaget genomfördes, låg och vilade på henne, att han använde kondom samt att hon inte med säkerhet kan säga att hon inte 'hjälp till' med att föra in hans penis gör det tveksamt om händelsen rent objektivt är att anse som våldtäkt i lagens mening. I vart fall kan det med hänsyn till omständigheterna inte hållas för visst att [den tilltalade] insett att just detta samlag skedde mot [målsägandens] vilja. Åtalet i denna del skall därför ogillas.”¹⁰²

Enligt min mening står det, med ledning av det ovan sagda, således i direkt strid med överinstanspraxis att frikänna med motiveringen

”Det kan inte uteslutas att [målsäganden] som var berusad och faktiskt frivilligt följde med [den tilltalade] till dennes hytt, tillåtit att [den tilltalade] hade samlag med henne.”¹⁰³

Den tilltalades påstående att han ’trodde’ att hennes ’nej’ betydde ’ejakulera inte i mig (utan på mig’) kan inte gärna sägas vara troligt *om hon med ’nej’ försökte avstyra samlaget*. Vad Tingsrätten således förefaller mena är att kvinnan nog *egentligen* samtyckte vid tillfället och alltså *numera fabulerar* om ickesamtycke. Tingsrätten har dock svårt att öppet redovisa sina dylika misstankar; endast i ett fall skriver man uttryckligen att målsäganden nog ljugar:

”Hennes berättelse om [den tilltalades] handlande har varit allmänt hållen. [Målsäganden] har visserligen lämnat uppgifter om under vilka tidsperioder sådana händelser som legat till grund för åtalet skulle ha inträffat, men inte närmare kunnat ange när händelserna inträffat. Hon har inte heller närmare kunnat ange antalet händelser, men uppskattat dem till fler än ett tjugotal. Vidare har hon inte kunnat hänföra någon av händelserna i tiden till andra omständigheter, exempelvis vad som tidigare inträffat under dagen. Det är utrett att [den tilltalade] och [målsäganden] innan [målsäganden] berättade om händelserna för sin väninnas mamma, kommit i djup konflikt med varandra beträffande [målsägandens] skolarbete, samt att konflikten eskalerat i samband med att [den

¹⁰¹ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del två s 569 - 638.

¹⁰² RH 1991: 124.

¹⁰³ B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt.

tilltalade] besökte hennes skola. Det kan därför antas att [målsäganden] lämnat sina uppgifter i ett upprört tillstånd och att detta skett för att undvika konflikten med fadern och för att hon skulle få flytta från honom.”¹⁰⁴

Det är antagligen känslomässigt enklare att säga att man inte vet vem man skall tro på, än att tvingas välja mellan att säga att målsäganden nog ljuger eller att målsäganden i vart fall betett sig på ett sätt som gav den tilltalade grundad anledning anta att samtycke förelåg. Som vi skall se i avsnittet 3. *Bevisvärdering* anser för övrigt Högsta Domstolen att en målsägandes påstående om bristande samtycke i objektivet hänseende skall tas för gott, frågan gäller alltså om den omständighet att kvinnan 'frivilligt följde med till hytten' kan tas till intäkt för att mannen 'trodde' att hon ville ha sex och att han 'trodde' att nejet avsåg att han inte skulle ejakulera i henne utan på henne?

Men vara hur det vill med vad domstolen inombords 'egentligen' misstänker om samtycke; det förefaller alltså finnas skäl att misstänka att omedelbart föregående brottslighet inte bara är en *tillräcklig* förutsättning för att uppsåtsrekvisitet skall anses uppfyllt i Tingsrättspraxis utan att det också en *nödvändig* förutsättning. Det vore att ta i i överkant att med anspråk på *visshet* hävda att Tingsrätterna uppställer ett *omutligt* krav på föregående brottslighet; så pass entydigt är inte materialet. Däremot *antyder* källmaterialet med i vart fall *någon* grad av enhetlighet och tydlighet att föregående brottslighet är en *central beståndsdel* av Tingsrätternas förståelse för våldtäktsbrottet som sådant. En sådan dold förutsättning är måhända oproblematiske i de fall som rör rena överfallsvåldtäkter (som huvudsakligen hanteras som 'uppenbart uppsåt') eftersom någon slags olaga tvång (exempelvis att släpa in offret i buskarna) per definition föregår själva det 'nödvändiga' våldtäktsvåldet. Även i fall där man dömer på dolus von Seth förefaller föregående brottslighet (av något slag) vara ett tungt vägande argument för att gärningsmannen skall anses varit *så* likgiltig inför bristande samtycke att han kan dömas för uppsåtligt brott. När man från Tingsrätternas sida däremot har att hantera bedömningar om mera sedvanligt uppsåt – då den tilltalade regelmässigt framstår som en 'normal' man – verkar de alltså även här ställa ett krav på *yttre bevisfakta* som pekar mot det *brottsliga sinnelaget* för att uppsåt till våldförande skall kunna antas vara för handen *och i dessa situationer är kravet problematiskt* eftersom övergreppssituationen inte definitionsmässigt förutsätter denna föregående brottslighet som inte heller krävs eller förutsätts i lagtexten.

Inte heller verkar Högsta Domstolen ställa något dylikt krav. Begrunda följande resonemang rörande gärningsmännens insikter och vetskaper från Högsta Domstolen.

"För att [tilltalade A,] [tilltalade B] och [tilltalade C] skall kunna dömas för sexuellt övergrepp krävs emellertid att de också varit medvetna om de faktiska omständigheter som konstituerade hennes hjälplösa tillstånd och det otillbörliga utnyttjandet därav.

Vad först gäller [målsägandens] berusade tillstånd har [tilltalade B] själv uppgivit vid TR:n att [målsäganden] luktade öl och att han fick uppfattningen att hon var full. Det är därför styrkt att han varit medveten om hennes berusade tillstånd. Detsamma måste ha varit fallet med [tilltalade A], som först träffade henne och talade med henne vid Marenplan innan hon gick med på hans förslag att hon skulle medfölja i bilen. [Tilltalade C] sammanträffade med [målsäganden] endast under en kort stund innan han i Ronna hade samlag med henne. Detta skulle kunna skapa tvivel om hur mycket han under deras korta samvaro kunnat uppfatta

¹⁰⁴ B 2402-99 Mölndals Tingsrätt.

om hennes nykterhetstillstånd. Han har emellertid själv uppgivit att hon luktade öl och verkade halvfull. Även han får därför anses ha förstått att hon var berusad.”¹⁰⁵

Ifrågavarande rättsfall har förvisso kritiserats för att på ett olämpligt sätt blanda ihop brotten våldtäkt och sexuellt utnyttjande,¹⁰⁶ men den kritiken saknar i *det här* sammanhanget betydelse; vad som däremot *är* av betydelse är Högsta Domstolens resonemang om vad gärningsmännen insåg eller inte insåg. (Ordföranden reserverade sig, med reservationen avsåg inte i någon del bedömningen av uppsåtet.)

Högsta Domstolen konstaterar att målsäganden *frivilligt* berusat sig och *frivilligt* medföljt i gärningsmännens bil, vilket sedermera ledde till att gärningsmännen kunde otillbörligen utnyttja att hon befann sig i 'vanmakt eller annat sådant tillstånd.' Observera alltså att något omedelbart föregående brott *inte* ägt rum. Det hela slutar med att de tre männen döms för sexuellt utnyttjande eftersom de agerat *uppsåtligen* i förhållande till kvinnans bristande samtycke *utan* att någon omedelbart föregående brottslighet varit för handen.. Läs gärna en gång till vad som konstituerar tilltalade C:s insikt; mannen uppgav att kvinnan 'luktade öl och verkade halvfull' och Högsta Domstolen drog av det skälet slutsatsen att gärningsmannen *fick anses ha förstått* att de faktiska omständigheterna för otillbörligt utnyttjande var för handen. Detta är förvisso en *utomordentligt* förträfflig formulering, men eftersom saker skall kallas vid sitt rätta namn vill jag ha sagt att Högsta Domstolen klivit långt in i *culpa* – ansvarets verklighet med denna formulering. Vad folk 'får anses förstå' är enligt min mening praktiskt oskiljbart från vad de 'borde förstått.' Låt gå för att en rättsdogmatisk testuggare skulle kunna hävda att det föreligger en skarp terminologisk skillnad uttrycken emellan, men tillämpat på konkreta fall träffar de båda formuleringarna samma företeelser och beteenden.

Även om det möjligen är att ta i i överkant att hävda att Högsta Domstolen ägnar sig åt att utöka det såsom våldtäkt eller sexuellt utnyttjande straffbara området till att inkludera rent culpösa beteenden kan vi i vart fall ana oss till en viss *vilja* att döma gärningsmän som inte uppfyller åtminstone ett visst *minimum* av omsorg och respekt för kvinnans sexuella integritet. I normativt hänseende är detta, enligt min mening, utmärkt eftersom det för det första vittnar om ett ändamålsenligt sätt att döma och ett progressivt sätt att tolka begreppet 'uppsåt,' och för det andra måste anses ligga i linje med samhällseliga föreställningen om att kvinnans sexuella integritet är skyddsvärd.

Dessvärre är detta en inställning som inte *på samma tydliga sätt* återspeglas i Tingsrättspraxis. Det kan vara på sin plats att citera hur Tingsrätten bedömde samma fall:

”Detta *måste* dessa tilltalade ha insett: den ene efter den andre har haft sexuellt umgänge med henne, enligt egna uppgifter var det stundtals fråga om ett 'löpande band', och flera av de tilltalade och deras kamrater har berättat om att de uppfattat [målsäganden] som *mycket* berusad [mina kursiveringar].”¹⁰⁷

Högsta Domstolen säger att de tilltalade får *anses* ha insett att kvinnan var *berusad*, Tingsrätten att de *måste* insett att hon var *mycket* berusad. Å ena sidan kan man se det som att Tingsrätten uttalar sig *konkret* om uppsåtet medan Högsta Domstolen konstaterar att de tilltalade uppfyller *nödvändiga aspekter* för att uppsåt skall vara för handen. Å andra sidan, med lagen om det kvantitativas övergång till kvalitativa förändringar i åminnelse, ligger det närmre till hands att tolka diskrepensen i ordval som ett tecken på att Tingsrätten väljer den hårdare formulering *de anser krävas* för fällande dom medan Högsta Domstolen väljer den

¹⁰⁵ NJA 1997 s. 538.

¹⁰⁶ Wennberg Suzanne, Juridisk Tidskrift 1997/98 s 506.

¹⁰⁷ NJA 1997 s. 538, Tingsrättens domskäl.

mildare formulering *de* anser krävs för fällande dom. Samma diskrepans i domskälen mellan Tingsrätten och Högsta Domstolen visar sig i följande fall; Tingsrätten skriver

”Också med beaktande av att [den tilltalade] och [målsäganden] under denna tid haft ett normalt sexuellt samliv kan det hållas för visst att [den tilltalade] vid de beskrivna *två* tillfällena insåg att han genom våldet tilltvingade sig samlagen [min kursivering.]”¹⁰⁸

Observera antalet! Tingsrätten finner belägg för uppsåt vid *två* tillfällen. Högsta Domstolen resonerar däremot enligt följande, efter att gått igenom *fyra* situationer:

”Det kan inte råda något tvivel om att [den tilltalade] insett att samlagen skett mot hennes vilja.”¹⁰⁹

Påstådda övergrepp är fyra till antalet. Vi kan här, menar jag, göra två reflexioner över domskälen. För det första: Vid två tillfällen har Tingsrätten ansett att det ’kan hållas för visst,’ vid de återstående två menar man alltså att det *inte* kan ’hållas för visst,’ att uppsåt förelägs. Högsta Domstolen däremot menar att vid inget av de fyra tillfällena kan det ’råda något tvivel’ om att uppsåt föreligger. För det andra: Tingsrätten anser sig behöva skriva ut *förekomsten av våld* för att motivera sin slutsats i de två fallen de ändå finner uppsåt, Högsta Domstolen anser sig inte behöva särskilt nämna förekomsten av våld. Det våld som förekommit har för övrigt ägt rum så pass mycket tidigare under händelseförloppet att det inte handlade om ’med våldtäkt nödvändigt förbundet våld’ utan snarare om ’föregående brottslighet.’ När frågan gäller situationer där det inte framstår som *uppenbart* att kvinnan *omöjligen* kan antas ha samtyckt, eller att den misstänkte gärningsmannen inte alldeles entydigt är en med brottsligt sinne lag försedd skurk, i de situationerna förefaller Tingsrätterna alltså ställa upp avsevärt, eller i vart fall märkbart, högre krav på insikter för att de skall anse att agerandet ägt rum uppsåtligt. Även om man kanske inte kan anse det ’empiriskt visat’ att Tingsrätten skulle vara påtagligt mer obenägen att konstatera uppsåt än Högsta Domstolen finns här, menar jag, onekligen vissa indikationer som pekar i den riktningen. Här gäller det alltså situationer som har karaktären av inomrelationella våldföranden; avspisade fästmän, män som fått följa med en kvinna hem efter krogen och därmed tagit samlag för givet, arbetskamrater på en firmafest osv. Situationer då det svårigen låter sig sägas att man behandlar situationer som inte män i allmänhet kan tänkas befinna sig i. Situationer då den *underliggande patriarkala strukturen* spelar som störst roll, kort sagt.

2.7. Eventuellt uppsåt till sexualbrott

”För att uppsåtsrekvisitet skall vara uppfyllt kräves inte att gärningsmannen direkt tänker på alla de omständigheter som skall vara omfattade, täckta, av hans uppsåt. Att han kan erinra sig dem om han tänker efter är tillräckligt för att uppsåtsrekvisitet skall vara uppfyllt.”¹¹⁰

Endast i ett fall i undersökningsmaterialet har Tingsrätterna någorlunda entydigt dömt för (försök till) våldtäkt med en formulering om eventuellt uppsåt:

”[Den tilltalade] har dock invänt att hans penis vid tillfället inte var styv och att han därför inte skulle ha kunnat genomföra ett samlag. Ett samlag i lagens mening anses emellertid föreligga redan när en mans och en kvinnas könsorgan kommit i

¹⁰⁸ NJA 1991 s. 83, Tingsrättens domskäl.

¹⁰⁹ NJA 1991 s. 83.

¹¹⁰ Holmqvist Lena m. fl., Brottsbalken – En kommentar del ett s 42.

beröring med varandra. Det krävs således inte att något inträngande skett. Vid tillfället *hade* [den tilltalades] och [målsägandens] könsorgan *kunnat komma* i beröring med varandra och ett fullbordat samlag *hade* således kunnat komma till stånd. [Den tilltalade] kan mot bakgrund av det nu anförda inte undgå ansvar för försök till våldtäkt [mina kursiveringar].”¹¹¹

I denna dom reserverade sig dock rättens ordförande med motiveringen:

”Det kan, enligt min mening, inte helt uteslutas att han mot bakgrund av den svartsjuka han drabbats av, endast haft avsikt att skrämma henne och på så sätt kränka och förnedra henne. Även om mycket talar för att [den tilltalade] haft för avsikt att våldta [målsäganden] kan det inte uteslutas att han haft andra avsikter.”¹¹²

De faktiska omständigheterna var att mannen brutit sig in hos sin f.d. sambo (han dömdes enhälligt för hemfridsbrott) och naken brottat ner den likaledes nakna kvinnan i sängen. Kvinnan lyckades dock värja sig, och kastade till sist ut mannen ur lägenheten. Den omstridda frågan var alltså huruvida detta agerande var att bedöma som försök till våldtäkt eller inte. Enligt min mening torde det framstå som uppenbart att mannens avsikt var att våldta kvinnan. Hur rättens ordförande kommit fram till att det ’inte kan uteslutas’ att mannen ’endast’ sökt förnedra och kränka kvinnan framstår för mig som obegripligt. Man frågar sig vad ordföranden ställer för krav för att det *skall* kunna uteslutas att en tilltalad har annan avsikt än att våldta någon? Att rättens ordförande anser att det ’inte kan uteslutas’ får väl ses som ett försök att hävda att det ’hypotetiska testet’ utfallit negativt (d.v.s. reservanten menar att den tilltalade ’endast’ förfarit medvetet vårdslöst i förhållande till risken att könsdelarna hade kunnat komma i kontakt med varandra) men med tanke på att uppsåtsbedömningen skall vara ett ändamålsenligt verktyg i straffrättskipningen frågar man sig vilka intressen reservanten anser sig tillvarata då han kommer fram till att den tilltalade bör frikännas. Den enda förklaring jag kan finna är att reservanten inte anser att den tilltalades agerandet är särskilt upprörande. Möjligen menar rättens ordförande att även ’normala’ män (till skillnad från våldtäktsmän) kan ’drabbas’ av svartsjuka och vilja kränka och förnedra sina före detta flickvänner, ett beteende som alltså i så fall inte skall anses särskilt straffvärt, till skillnad från våldtäkt som i så fall är ett mera renodlat skurkbeteende. Rörande diskussionen om ’normala’ män kontra våldtäktsbenägna skurkar har för övrigt Hovrätten konstaterat följande:

”[Den tilltalade] har hävdats att det är omöjligt att en person med hans karaktär och livsföring kan begå sexualbrott. Åklagaren har inte ens påstått att det förelegat någon för [den tilltalade] graverande omständighet i hans allmänna karaktär och livsföring i övrigt och hovrätten saknar anledning att utgå från att så skulle vara fallet. Denna utgångspunkt kan emellertid inte i sig tilläggas en bevisverkan som talar mot den bevisning som lagts fram beträffande de konkreta gärningar som åtalet gäller. [Den tilltalade] har även hävdats att gärningsmän som begår sexualbrott alltid uppvisar någon form av psykisk särart som inte kan återfinnas hos [den tilltalade] och att detta talar mot att han skulle kunna vara skyldig. Hovrätten anser emellertid att vare sig vetenskapliga rön eller allmän erfarenhet stöder påståendet och hovrätten saknar därför skäl att utgå från att [den tilltalade] inte skulle kunna tänkas begå de åtalade gärningarna.”¹¹³

¹¹¹ B 819-00 Mölndals Tingsrätt.

¹¹² B 819-00 Mölndals Tingsrätt, reservantens anförande.

¹¹³ RH 1997: 52

Enligt denna dom kan man alltså kort sagt utgå från att vilken 'normal' man som helst, eller vilken 'normal' människa som helst för den delen, är i stånd att genomföra en våldtäkt eller ett sexuellt utnyttjande. Det är alltså inte så att endast 'avvikande' män begår våldtäkter. Denna omständighet, att även 'normala män' begår våldtäkter är det som jag tidigare berört centralt att ha klart för sig, och dessutom någorlunda klart visat av feministisk forskning på området.¹¹⁴ Men reservantens anförande antyder, menar jag, att han ser det som väsensskilda företeelser – läs: skillnaden mellan 'normala' och 'onormala' män – att vilja kränka/förnedra å den ena sidan eller att vilja våldta å den andra.

Reservantens anförande är extra intressant då det är juristdomaren som är reservant. Man kan givetvis inte generalisera från ett enskilt fall, men det ligger hur som helst nära till hands att uppfatta förekomsten av reservationen som ett tecken på att juristdomaren ifråga uppfattar det som *rättsligt legitimt* att säga som han gör (annars hade han inget sagt.) Poängen är att förekomsten av denna reservation antyder förekomsten om ett sätt att tänka som måste sägas stå i strid med lagstiftningens intentioner. Förekomsten av detta sätt att tänka är däremot *null and void* i Högsta Domstolen, här kan vi alltså ana oss till en viss diskrepens.

2.8. Delsammanfattning uppsåtsbedömningen

*"Att någon på grund av frivillig berusning har nedsatt omdömesförmåga utesluter inte brott."*¹¹⁵

När Tingsrätterna har att bedöma frågan om huruvida uppsåt förelegat talar sammanfattningsvis mycket för att det uppställs något (underförstått) krav på 'psykisk särart' för att man skall finna att så var fallet. Med utgångspunkt i den historiematerialistiska radikalfeminismen måste vi dock anta att detta krav grundar sig på direkt felaktiga föreställningar om mäns i allmänhet beteenden och psykologiska processer. I överinstanserna figurerar heller aldrig detta krav på 'psykisk särart' i domskälen, tvärtom har det åtminstone sporadiskt fastslagits att en sexualbrottsling inte nödvändigtvis behöver vara ett sexuellt depraverat monster, någon luguber nidingsman eller på annat sätt framstå som en renodlad skurk.¹¹⁶ När så är ändå är fallet, d.v.s. vid betydande våldsanvändning eller föregående brottslighet har Tingsrätterna inga större svårigheter att fastslå uppsåt på i stort sett samma grunder som Högsta Domstolen, bedömningen av det uppenbara uppsåtet uppvisar enligt mitt förmenande inga diskrepenser.

När gärningsmannens agerande präglats av *dolus von Seth* förefaller det, med viss tvekan, däremot som om viss diskrepens föreligger; i de situationer då alternativet till en *dolus von Seth* – formulering vore en formulering om uppenbart uppsåt uppvisar Tingsrättspraxis inga större skillnader; när däremot det realistiska alternativet är frikännande *kan det möjligen* vara så att Tingsrätten kan beskrivas som mer benägen än Högsta Domstolen att välja frikännande.

När händelseförloppet eller situationens allmänna karaktär inte i och för sig vittnar om någon 'psykisk särart' hos den tilltalade uppvisar Tingsrätten däremot en *påfallande* obenägenhet att konstatera uppsåt. Ett symptomatiskt resonemang i Tingsrätten är att hänvisa till att "det kan inte uteslutas"¹¹⁷ att kvinnan samtyckte. Med denna formulering menas i vart fall stundtals att kvinnan nog egentligen samtyckte eller att det i vart fall framstod så för mannen. Dessa resonemang, som alltså utgår från, och liknar, läran om det putativa samtyckets befriande verkan, inträder i Tingsrättspraxis ofta när parterna tidigare under

¹¹⁴ Elman Amy, Sexualpolitik och utredningar, refererad enligt Sexuella övergrepp mot kvinnor och flickor, redigerad av Beausang Angela **samt** MacKinnon Catharine A., Toward a Feminist Theory of the State **samt** Smart Carol, Feminism and the Power of Law.

¹¹⁵ Rekke Nils, citerad enligt Karnov band två 97/98 redigerad av Blom Birgitta m. fl. s 2346 not 3.

¹¹⁶ RH 1997: 52

¹¹⁷ B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt, se även B 505-99 Göteborgs Tingsrätt om krav på "särskilt stöd."

kvällen konsumerat alkohol och missförstånd avseende motpartens vilja alltså kan tänkas uppstå. Kvinnan kanske har betett sig på ett sätt som för mannen *kan* ha gett intrycket att hon *nog*, eventuellt, kunde 'tänka sig' att 'ställa upp' på sexuellt umgänge.

I det läget vore det på sin plats, kan man tycka, om Tingsrätten läste brottsbalkens regler om förutsättningar för straffbarhet; missförstånd till följd av frivillig berusning befriar inte från ansvar för uppsåtligt brott.¹¹⁸ Män som är alltför fulla för att förstå att kvinnan helst avstår från sex borde alltså inte kunna göra detta missförstånd gällande som ansvarsfrihetsgrund. Eller rättare sagt; om vi vill förbehålla begreppet 'ansvarsfrihetsgrund' för situationer som regleras i BrB:s 24:e kapitel, om orsaken till den felaktiga tron att kvinnan inte motsatte sig sex står att finna i frivillig berusning (hos mannen) skall, enligt rusläran, mannen dömas som om han förstått att kvinnan inte ville ha sex och han alltså betvingat detta bristande (faktiska) samtycke. Av något outgrundligt skäl förefaller dock Tingsrätterna i de lägena ställa sig frågan om kvinnan tydligt signalerat sitt bristande samtycke; vad man antagligen menar från Tingsrättens sida är att missförståndet skulle uppkommit även i nyktert tillstånd (och i så fall kan putativt samtycke göras gällande.) Rörande dessa, och andra, fall som sorterar under vad jag valt att kalla sedvanligt uppsåt, framstår diskrepensen mellan Tingsrätten och Högsta Domstolen som tydlig. Högsta Domstolen är visserligen inte mycket, men i vart fall märkbart, mer benägen än Tingsrätten att konkludera uppsåt hos den tilltalade om det är kring denna fråga striden står.

¹¹⁸ BrB 1:2 st. 2.

3. Bevisvärdering

*"För att strafflagen skall kunna utöva sin s.k. allmänpreventiva funktion fordras bl.a. att straffet utdelas enligt fasta regler. [...] Reglerna om brottmålsprocessen ha till uppgift att garantera det lagenliga sambandet mellan brottet och straffet."*¹¹⁹

3.1. Två typer av bevisproblem

*"Hur domaren skall döma i den ena situationen är en fråga, hur han skall döma i den andra situationen är en annan fråga. [...] Vad man har att bygga på är [...] de intressen som ligger bakom de särskilda [rättsliga, min anm.] instituten. Bevisbörderegler äro att utforma och tillämpa på det sätt som kräves för att dessa intressen skola tillgodoses."*¹²⁰

Låt oss gå vidare i undersökningen och titta på vilka *beviskrav* Tingsrätterna ställer upp för att vara beredda att i praktiken fälla en påstådd sexbrottsling. Truismer av typen det skall vara bevisat "bortom varje tvivel"¹²¹ ger ingen ledning; det är bara tomma ord om man inte vet vad som rent faktiskt krävs för att det av domstolen *skall anses* vara 'bevisat bortom varje rimligt tvivel' att ett brott begåtts av den tilltalade. I praktiken är det alltså frågan om bevisvärderingen som ytterst sett säkerställer eller förhindrar 'sambandet mellan brottet och straffet.' Nu finns det i brottmål två vitt skilda former av bevisproblematik. För det första kan det vara oklart om den tilltalade är den som begick den uppenbart brottsliga gärningen, för det andra kan det vara oklart vilket beteende den tilltalade (som oomtvistligen kan vara 'rätt' tilltalad) rent faktiskt utsatt målsäganden för. Inget förhindrar i och för sig att de två bevisproblem uppträder samtidigt, men det är icke desto mindre viktigt att skilja dem åt. (Om det däremot är oklart huruvida en viss given gärning, utförd av en viss given gärningsman, är brottslig eller inte föreligger ingen bevisfråga, utan en rättslig fråga.)

Anledningen till att det är viktigt att skilja de två bevisproblemen åt är att de typiskt sett uppträder i var sitt typfall av sexualbrott; Överfallsvåldtäkten respektive det inomrelationella sexuella våldsförandet. En kort historisk utveckling är här på sin plats för att utveckla varför dessa två typfall förtjänar att särbehandlas.

Benägenheten att slå till hårt mot överfallsvåldtäkter har gamla anor; i 1734 års strafflag stadgades dödsstraff för våldtäkt,¹²² med vilket avsågs just överfallsvåldtäkt. Sexuella förehavanden *inom en relation* var kriminaliserade som *lönskaläge* i den mån de företogs utanför äktenskapets ram. Eventuellt tvång fungerade i de sammanhangen närmast som ansvarsfrihetsgrund för den tvungna (dvs i praktiken för kvinnan) men att mannen i de här sammanhangen skulle straffas för själva våldet/tvånget förefaller inte ha föresvävat rättsapparaten. Däremot ansågs han skyldig att betala skadestånd till kvinnans far.¹²³ Att rättssystemet slagit till hårt mot överfallsvåldtäkter sammanhänger rimligen med att sex historiskt har ansetts höra hemma inom äktenskapet, eller i vart fall inom en stadigvarande relation. Överfallsvåldtäkter ansågs tidigare utgöra ett brott mot kvinnans far eller man, redan i det gamla Babylonien "behandlades våldtäkt som en form av egendomsskada, [och det] krävdes av mannen att han betalade skadestånd till maken eller fadern till den våldtagna kvinnan, men inget till kvinnan själv,"¹²⁴ en inställning som levt kvar långt in i nutiden. Att en man skulle kunna dömas för våldtäkt mot sin trolovade kvinna, om än icke lagvigda hustru, föll helt enkelt på den här tiden på sin egen orimlighet; en underförstådd förutsättning var att det var fråga om utomrelationellt våldförande.

¹¹⁹ Olivecrona Karl, Rättegången i brottmål enligt RB s 10.

¹²⁰ Olivecrona Karl, Bevisskyldigheten och den materiella rätten s 160 - 161.

¹²¹ NJA 1980 s. 725 och NJA 1990 s. 555.

¹²² Anners Erik, Humanitet och rationalism s 126.

¹²³ Thomson Arthur, Otidigt sängelag.

¹²⁴ Weitz Rose, The politics of Women's Bodies s 3 (egen översättning.)

Denna senare situation, att en man tvingade sig på sin hustru, kriminaliserades först 1965.¹²⁵ Innan dess ansågs helt enkelt den äkta mannen ha någon slags 'rätt' att ha sex inom ramen för en relation. På sin höjd kunde mannen dömas för misshandelsbrott, om han misshandlat henne i syfte att betvinga det bristande samtycket. Det inomrelationella våldförandet är alltså en sentida uppfinning. Det är först i modern tid som kvinnan anses ha någon självständig förfoganderätt över sin sexualitet. När denna sexuella 'rättssfär' introducerades i svensk rätt dök helt plötsligt en helt ny slags bevisproblematik upp; det blev nämligen svårt att särskilja de frivilliga samlagen från de påtvingade.¹²⁶ I den gamla ordningen var den huvudsakliga frågan *vem* som var gärningsmannen, att samlaget som sådant varit olagligt till följd av bristande samtycke kunde man oftast ta för givet, om inte annat så för att ingen 'ärbar' kvinna kunde vilja ha sex före vigseln. Med den nya lagstiftningen däremot tvingades domstolen ställa sig helt andra frågor. Frågor som behandlar *vad* som ägt rum.

Denna senare fråga är särskilt problematisk eftersom det för det första sällan finns vittnen då våldförandet äger rum i det s.k. 'privata rummet' och för det andra eftersom det inomrelationella våldförandet alltså äger rum mellan personer som kanske tidigare haft ömsesidigt frivilliga samlag med varandra. Denna senare situation sätter alltså fokus på helt andra aspekter i den allmänna genusstrukturen; hur förtryckt skall en kvinna vara för att ett samlag skall ses som icke frivilligt? Och hur förtryckt skall vi utgå från att kvinnan är i en 'vanlig' relation? Hur mycket skall vi tro på kvinnans berättelse och i vilken utsträckning skall vi tro den påstådda brottslingen om gott?

Dessa frågor är uppenbart politiskt kontroversiella. Lyckligtvis behöver jag i denna uppsats bara undersöka om Tingsrätterna resonerar på samma sätt som Högsta Domstolen, och behöver alltså inte trassla in mig alltför djupt i de frågorna. Men låt oss börja med att undersöka bevisvärderingen vid överfallsvåldtäkterna.

3.2. Överfallsvåldtäkter

*"[V]år kultur har en sexualsyn som innebär att sexualitet skall förekomma endast inom äktenskapets ram och då i barnalstrande syfte."*¹²⁷

Vid överfallsvåldtäkter aktualiseras ofta *vem – är – gärningsman – problemet*. Ofta förnekar den tilltalade helt och hållet att något sexuellt över huvud taget skulle ägt rum, vilket i praktiken innebär att problemet för målsäganden och åklagaren blir, inte att visa att sexuellt våld eller tvång alls förekommit, utan snarare att det företagits av den utpekade. Lyckas man med det sistnämnda kan Tingsrätten mycket väl finna att "[målsägandens] uppgifter [skall] läggas till grund för bedömningen av gärningen."¹²⁸ En formulering som enligt min mening väl sammanfattar Tingsrätternas grundinställning är att "[g]enom de hörda berättelser och *den tekniska bevisningen* är åtalet i alla delar styrkt [min kursivering]."¹²⁹ Till saken hör naturligtvis att överfallsvåldtäkter ofta utförs av män som i hög grad passar in i karakteristiken sexuellt depraverat monster,¹³⁰ de gärningar de begått är så uppenbart moraliskt förkastliga, för att inte säga vidriga, att ingen skulle drömma om att försvara själva beteendet. I de här situationerna påverkas inte målsägandens trovärdighet nämnvärt av att hon ändrar sina uppgifter; i den mån det förekommer kan Tingsrätten kort konstatera att "[h]ennes förklaring till att hon ändrat vissa uppgifter vid förhöret under huvudförhandlingen är godtagbar."¹³¹

¹²⁵ Proposition 1962: 10.

¹²⁶ A. prop. s 155 ff.

¹²⁷ SOU 1984: 63 s 45.

¹²⁸ B 3860-01 Göteborgs Tingsrätt.

¹²⁹ B 6492-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹³⁰ Se t.ex. B 7648-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹³¹ B 3860-01 Göteborgs Tingsrätt.

Såvitt jag kan bedöma saken tillämpar Tingsrätterna i huvudsak samma bevisvärdering i mål rörande överfallsvåldtäkter som vid exempelvis mord eller rån, en bevisvärdering som sammanfaller med Högsta Domstolens praxis. Vanligt förekommande bevisning är DNA – analyser och läkarutlåtanden. Högsta Domstolen har i ett fall, där den påstådda gärningsmannen i och för sig var känd, men frågan uppkommit om han över huvud taget hade haft samlag med målsäganden, eller om det var någon annan (person A) som genomfört samlaget med henne. Man skriver:

”Enligt utlåtandet d 13 febr 1996 var ändamålet med den förnyade undersökning som redovisas dels att ytterligare försöka typbestämma den epitelcellsfraktion på det röda täcket som redovisas i det första utlåtandet (se HovR:ns dom), dels ytterligare undersöka om det i eventuella spermabesudlingar på ett påslakan och på täcket förekommer epitelceller som kan komma från [målsäganden] Slutsatsen i utlåtandet är sammanfattningsvis följande. I nio fläckar på täcket påvisades sperma. Övervägande skäl talar för att den kommer från [person A.] I fläckarnas epitelcellsfraktion påvisades en blandning av DNA, och skäl talar för att detta DNA kommer från honom och [målsäganden.] I ytterligare sex fläckar på täcket påvisades sperma. Skäl talar för att den kommer från [den tilltalade.] I vissa av dessa fläckars epitelcellsfraktion påvisades en blandning av DNA, och skäl talar för att en del kommer från honom medan frågan måste lämnas öppen om det även finns något DNA som kan komma från [målsäganden.] I två fläckar på påslakanet påvisades sperma som enligt utlåtandet inte kunde typbestämmas. I utlåtandet d 1 mars 1996 redovisas fortsatt typbestämning för de sex fläckar med sperma som överensstämmer med [den tilltalade.] Den fortsatta undersökningens resultat påverkar enligt utlåtandet inte de slutsatser som finns i det utlåtande som daterats d 13 febr 1996.

[...]

Åtalet grundar sig på [målsägandens] berättelse om vad som har hänt. Denna berättelse är på viktiga och avgörande punkter oförenlig med den version av händelseförloppet som [den tilltalade] och [person A] har hävdad. [Målsägandens] berättelse vinner stöd framförallt av vad som har uppgetts om hennes tillstånd sedan hon kommit till [vittnet.] Den är dock svårförenlig med särskilt den bevisning som utgörs av de under målets handläggning i HD avgivna utlåtandena från Statens kriminaltekniska laboratorium. Beviskravet att det skall vara ställt utom rimligt tvivel att [den tilltalade.] har begått den åtalade gärningen är inte uppfyllt. Åtalet mot honom skall då ogillas.¹³²

Det direkt avgörande för den frikännande domen är alltså att den tekniska bevisningen brister i säkerhet, eller rättare sagt att *den motsäger* målsägandens och vittnets berättelse. Emedan den tekniska bevisningen inte kan utpeka den tilltalade som gärningsman anser sig domstolen inte kunna döma den tilltalade. När däremot läkare eller kriminaltekniker håller ett påstående om vem som gjort vad *för visst* anses detta (motsatsvis) närmast i sig utgöra ett bevis som ’bortom varje grad av rimligt tvivel’ fastställer att den tilltalade är den skyldige. När frågan gäller de historiskt sett klassiska våldtäktssituationerna råder alltså enhetlighet i det rättsliga systemet. Frågan blir då om så är fallet även rörande de inomrelationella våldföränderna? Låt oss sålunda gå vidare...

¹³² NJA 1996 s. 176.

3.3. Inomrelationellt sexuellt våldförande

”Såväl rättighetsanalyser som den allmänna definitionen av sexualitet försöker skapa distinkta sfärer av individuell frihet [...] Rättighetsanalyser betraktar individer i social isolering.”¹³³

Överfallsvåldtäkterna är dock, som sagt, få, våldtäkter mellan personer som känner varandra, om än ytligt, är betydligt mer vanligt förekommande av mitt undersökningsmaterial att döma. I dessa fall är det givetvis inga problem att identifiera gärningsmannen, däremot råder ofta stor oklarhet runt det faktiska händelseförloppet. Inte sällan är det dessutom så att det enda domstolen har att utgå från är parternas disparata berättelser. Trovärdighetsbedömning av partsuppgifter är alltså ofta av fundamental betydelse. Högsta Domstolen har vid ett antal tillfällen uttalat hur man anser att domstolarnas bör resonera i situationer präglade av *vad – har – gärningsmannen – gjort – problemet*.

”Något beaktansvärt skäl till att [målsäganden] skulle ha velat sanningslöst tillvita [den tilltalade] de brott som han åtalats för har inte framkommit. Det finns inte heller belägg för att hon under förundersökningen eller i underdomstolarna lämnat några felaktiga uppgifter.

Vid övervägande av det anförda och vad utredningen i övrigt visar finner HD att [målsägandens] utsaga måste anses trovärdig. Det kan därför inte betvivlas att [den tilltalade] förövat misshandel och våldtäkt mot henne.”¹³⁴

När ord står mot ord möter det alltså inga principiella problem att helt enkelt tro på målsägandens berättelse och lägga den till grund för fällande dom. Visserligen talas det om ’utredningen i övrigt’ men den förefaller enligt min bedömning inte innehålla några avgörande omständigheter. Hur som helst har Högsta Domstolen vidareutvecklat denna hållning.

”Som framgår av TR:ns och HovR:ns domar finns det, bortsett från gärningen avseende [målsägande B,] inte några vittnen till de påtalade händelserna. Inte heller har några fysiska skador kunnat iakttas vid den rättsmedicinska besiktningen av [målsägande A]. Den huvudsakliga bevisningen utgörs därför av de videoinspelade förhören med [målsägande A] och [målsägande B.]

[...]

Det förhållandet att [målsägande A] och [målsägande B] inte hörts i rättegången utan att uppgifter från dem har förebringats i målet genom uppspelning av förhör från förundersökningen innebär att HD, i likhet med underinstanserna, inte kan grunda sin bedömning av frågan om målsägandenas trovärdighet och lämnade uppgifters tillförlitlighet på sådana intryck som förhör omedelbart inför domstolen förmedlar. Härav måste anses följa att uppgifterna bör bedömas med särskild försiktighet. I samma riktning talar den omständigheten att sättet för bevisningens förebringande medfört att [den tilltalade] varit förhindrad att inför rätten genom sin försvarare ställa frågor till målsägandena och att inte heller rätten kunnat ställa frågor (se 37 kap 1 § jämförd med 36 kap 17 § RB).

Vad nu sagts hindrar dock inte att uppgifterna från de videoinspelade förhören kan vara tillräckliga för att det skall anses vara ställt utom rimligt tvivel att [den

¹³³ Olsen Frances, Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights, citerad enligt Feminist Legal Theory redigerad av Bartlett Katharine T. och Kennedy, Rosanne s 312 (egen översättning.)

¹³⁴ NJA 1991 s. 83.

tilltalade] begått de åtalade gärningarna. För att så skall vara fallet måste krävas, förutom att förhören har skett under betryggande former, bla att uppgifterna i och för sig framstår som sannolika och inbördes förenliga, att berättelserna inte innehåller moment som ger anledning betvivla uppgifterna samt att dessa inte motsägs av annan utredning. Om det förekommer något i förhören som utgör skäl för tvivelsmål beträffande uppgifternas riktighet, bör för bifall till åtalet krävas att uppgifterna stöds av annan utredning.”¹³⁵

Kort sagt; om en målsägande framstår som någorlunda trovärdig och hennes berättelse inte innehåller uppenbara självmotsägelser eller felaktigheter skall man i våldtäktsmål utgå från att hon talar sanning. (I just det här fallet var visserligen målsägandena barn, men den omständigheten saknar betydelse i *detta* sammanhang; Högsta Domstolens uttalar sig *allmänt* om *parters trovärdighet*. I den mån det har betydelse att målsägandena inte blivit hörda inför domstolen torde det för övrigt innebära att *lägre* krav ställs på närvarande parter.) Påstår den tilltalade att målsäganden ljugar åligger det honom att göra sitt påstående trovärdigt eller i vart fall sannolikt.

Inget i mitt undersökningsmaterial antydde att Tingsrätterna skulle avvika från HD-praxis gällande beviskraven runt *vem – är – gärningsman – problemet*. Däremot uppvisar Tingsrätterna en märkbar diskrepens gentemot HD-praxis rörande motiveringarna kring *vad – har – gärningsmannen – gjort – problemet*. I ett fall dömdes t.ex. den tilltalade mot sitt nekande med motiveringen att målsägande på ett ”övertygande sätt”¹³⁶ kunnat lämna en redogörelse över händelseförloppet som ”[vann] stöd av den rättsmedicinska undersökningen och vittnesmålen.”¹³⁷ Enligt HD-praxis skulle det ha räckt att konstatera att den rättsmedicinska undersökningen *inte motsade* målsägandens berättelse. I förstone kan det möjligen framstå som hårklyveri, men för samtliga parter i processen är det här en viktigt skillnad. Det indicerar nämligen tämligen tydligt att enbart en redogörelse som lämnats på ett aldrig så ’övertygande sätt’ *inte räcker* för fällande dom. Må så vara att Tingsrätten uttalar sig *in concreto* och Högsta Domstolen mer allmängiltigt, men återigen ber jag läsaren betänka den historiematerialistiska lagen om det kvantitativas övergång till kvalitativa förändringar. När man tillräckligt många gånger skrivit att grunden för fällande dom är att målsäganden berättelse *stöds*, snarare än att den *inte motsägs*, av den tekniska bevisningen, kommer man att börja uppfatta det aktiva stödet, snarare än bristen på motsägelse, som inte bara en *tillräckligt* förutsättning utan som en *nödvändig* förutsättning vilket är ett högre beviskrav. I vart fall förhåller det sig så att varje ytterligare gång man formulerar sig på det sättet ökar man risken för att den kvalitativa övergången äger rum. Enligt min mening är det möjligt att denna kvalitativa övergång redan ägt rum.

Samma risk föreligger vad gäller ett annat populärt domskäl som regelmässigt framförs i Tingsrätterna, nämligen att kvinnans berättelse ’framstår som självupplevd.’ Utan att darra på lornjetten kan t.ex. domstolen som grund för fällande dom för fyra fall av sexuellt våldförande skriva att:

”Samtliga målsägande har på tingsrätten gjort ett sansat och trovärdigt intryck. De har lämnat sammanhängande och logiska berättelser över händelseförloppen och berättelserna framstår som i högsta grad självupplevda. De har samtliga vidhållit sina berättelser och inte på några väsentliga punkter ändrat eller försökt att

¹³⁵ NJA 1993 s. 616.

¹³⁶ B 68-01 Stenungsunds Tingsrätt.

¹³⁷ B 68-01 Stenungsunds Tingsrätt.

nyansera dem. Målsägandena har inte heller dragit sig för att lämna för dem i vissa avseenden besvärande uppgifter.”¹³⁸

Till att börja med kan man ju fråga sig vad som menas med att berättelserna framstår som ’i högsta grad’ självupplevda. Om det finns berättelser som ’i högsta grad’ är självupplevda bör det ju, logiskt sett, finnas berättelser som är *självupplevda av normalgraden* vad nu det skulle innebära. Med självupplevelse förhåller det sig enligt min mening på samma sätt som med dödhet och graviditet. Man kan inte vara ’väldigt död’ eller ’lite gravid.’ En berättelse är självupplevd eller inte självupplevd, några grader av självupplevelse finns det mig veterligen inte. Det vore något annat om man skrev att berättelsen ’i hög grad framstår som självupplevd,’ då skulle förstärkningsfrasen ’i hög grad’ avse *hur berättelsen framstår* för domaren. Men det är inte det man skriver – förstärkningsfrasen ’i hög grad’ i formuleringen ’framstår som i hög grad självupplevd’ avser *graden av självupplevelse*!

Det händer stundtals att även Högsta Domstolen resonerar på temat ’självupplevelse.’ Det förekommer dock uteslutande när frågan rör *barn*:

”När ett så litet barn som [den blott tvååriga målsäganden] lämnar uppgifter om en persons beteende mot barnet kan de inte ensamma utgöra bevis för att det har förekommit ett sådant handlande som utgör våldtäktsbrott. Detsamma gäller i fråga om barnets reaktioner och allmänna beteende. I sådana fall kan den tilltalades skuld anses ställd utom rimligt tvivel bara om åtalet för våldtäktsbrott vinner klart stöd av annan utredning, exempelvis fynd vid gynekologisk undersökning av barnet i nära tidsmässig anslutning till det påstådda övergreppet eller resultat av DNA-analyser av sperma som anträffats på eller i barnets kropp.”¹³⁹

Resonemang om ’självupplevelse’ förs däremot inte i Högsta Domstolen när målsäganden är vuxen. För trovärdighet i och för sig räckte det enligt Högsta Domstolen att konstatera

”att [målsäganden] uppträdde som om hon var i kraftigt chocktillstånd [enligt polisvittne, min anm.]”¹⁴⁰

medan Tingsrätten, i samma mål skriver att

”Sammanfattningsvis finner TR:n att hennes berättelse och beteende när hon kom hem till [vittnet] bär det självupplevdas prägel och att hon gjort ett mycket trovärdigt intryck.”¹⁴¹

Just att kvinnan särskilt omnämns som ’mycket trovärdig’ har en i sammanhanget viss självständig betydelse. Man hade annars kunnat tänka sig att Tingsrätterna kanske använde formuleringen ’självupplevd’ som något slags *ersättningsrekvisit* då berättelsen av annat skäl var icke trovärdig. Man skulle till exempel kunna tänka sig den situationen att kvinnan blir *trodd* trots att berättelsen framstår som osannolik eller präglas av inre motsägelser, på den grunden att berättelsen framstår som ’självupplevd.’ I detta fallet förefaller ’självupplevelsen’ däremot utgöra ett *tilläggsrekvisit*; kvinnan blir trodd eftersom berättelsen är trovärdig *och* ’framstår som självupplevd.’ I inget av de undersökta fallen har ’självupplevelse’ heller

¹³⁸ B 12664-98 Göteborgs Tingsrätt.

¹³⁹ NJA 1994 s. 268.

¹⁴⁰ NJA 1996 s. 176.

¹⁴¹ NJA 1996 s. 176, Tingsrättens domskäl.

självständigt *ersatt* den *övriga* trovärdigheten. Risken, som jag ser det, är att de något diffusa uttalandena om berättelsernas 'självupplevelse' (eller t.o.m. 'höga grad av självupplevelse') har genomgått den kvalitativa förändringen från tillräcklig förutsättning för fällande dom till nödvändig förutsättning för fällande dom.

Ibland avhåller sig dock Tingsrätten från att spekulera i frågan om berättelsens grad av självupplevelse. Sorgligt nog brukar resultatet av bevisvärderingen inte bli särskilt mycket mer förenlig med HD-praxis i de fallen heller. Begrunda följande resonemang (I sak gäller det en man som påstått ha våldtagit sin kvinnliga arbetskamrat på en tjänsteresa. Emedan de två alltså redan hade någon slags relation till varandra, om än ej en sexuell relation, och då frågan gäller *vad* snarare än *vem*, är situationen att betrakta som 'inomrelationell.' 'Krogragg' mellan icke okända personer som slutar i en våldtäkt har, enligt min mening, mer gemensamt med hustruvåldtäkter än med överfallsvåldtäkter, varför fallet behandlas här.)

"Det är till en början ostridigt att [målsäganden] vid tillfället frivilligt följt med [den tilltalade] till dennes hytt och att [den tilltalade] där haft samlag med henne. Ord står mot ord i frågan [den tilltalade] med våld tvingat sig till samlaget eller inte."¹⁴²

I det här läget kan man ju tycka att Tingsrätten borde resonera som HD gör; ställa sig frågan om det finns "beaktansvärt skäl"¹⁴³ till varför målsäganden skulle ljuga och om så inte är fallet utgå från att hon talar sanning om det saknas "belägg för att hon under förundersökningen [...] lämnat några felaktiga uppgifter."¹⁴⁴ Tingsrätten väljer dock att vända på bevisbördan.

"[Målsäganden] har lämnat en berättelse som varit återhållen och, såvitt kan bedömas, fri från överdrifter. Hon har inte beslagits med att uppge något som sedan visat sig vara oriktiga och hon har inte försökt undanhålla rätten uppgifter som kan anses negativa för henne. Hennes reaktioner under huvudförhandlingen bedömer tingsrätten som helt normala i förhållande till situationen. På grund härav anser tingsrätten att [målsäganden] är trovärdig."¹⁴⁵

Jämför Tingsrättens resonemang med domskälen i det tidigare citerade HD-fallet:

"Något beaktansvärt skäl till att [målsäganden] skulle ha velat sanningslöst tillvita [den tilltalade] de brott som han åtalats för har inte framkommit. Det finns inte heller belägg för att hon under förundersökningen eller i underdomstolarna lämnat några felaktiga uppgifter.

Vid övervägande av det anförda och vad utredningen i övrigt visar finner HD att [målsägandens] utsaga måste anses trovärdig. Det kan därför inte betvivlas att [den tilltalade] förövat misshandel och våldtäkt mot henne."¹⁴⁶

Tingsrätten *låter sig bli övertygad* om målsägandens trovärdighet. Högsta Domstolen däremot intar attityden att eftersom ingen lyckas *visa* att målsäganden *brister* i trovärdighet skall hon *anses* trovärdig. Denna förvisso subtila skillnad i grundinställning leder till att Tingsrätten sedermera friar den tilltalade:

¹⁴² B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁴³ NJA 1991 s. 83.

¹⁴⁴ NJA 1991 s. 83.

¹⁴⁵ B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁴⁶ NJA 1991 s. 83.

”Det är [...] ostridigt att [målsäganden] i något skede av händelsen sagt nej. Det anförda talar för att det hela utspelat sig på sådant sätt som åklagaren påstår. Vissa omständigheter talar dock i annan riktning. Det kan inte uteslutas att [målsäganden] som var berusad och faktiskt frivilligt följde med [den tilltalade] till dennes hytt, tillåtit att [den tilltalade] hade samlag med henne.

[...]

Vid en sammanvägning av de angivna omständigheterna finner tingsrätten att [målsäganden] visserligen är trovärdig, men att [den tilltalades] berättelse inte är så osannolik att den, i avsaknad av starkare stödbevisning, kan lämnas utan avseende. Vid sådana förhållanden kan åtalet inte bifallas.”¹⁴⁷

Med en sådan inställning som Tingsrätten här ger uttryck för blir det ytterst svårt att döma en tilltalad mot sitt nekande. Det strider dessutom uppenbart mot den bevisvärderingsprocedur som Högsta Domstolen använder sig av. Med tillämpande av Högsta Domstolens praxis hade nämligen den tilltalade fällts i den här rättegången. Detta fallet antyder, menar jag, att den kvalitativa förändringen kanske redan ägt rum. Man kan förvisso hävda att det saknar självständig betydelse om formuleringen ’stöds’ eller ’inte motsägs’ väljs *i situationer då slutresultatet i vilket fall blir fällande dom*, i det här fallet är valet avgörande för resultatet. Valet mellan formuleringar pekar på ett val mellan grundinställningar – skall det krävas ’stöd’ eller räcker det med ’bristande motsägelse’ – som styr mellan friande eller fällande dom.

Om denna kvalitativa förändring ägt rum är det allvarligt. I praktiken kan Tingsrätten i så fall endast döma den tilltalade om man kan påvisa betydande våldsanvändning eller om åklagaren i övrigt lyckas visa att den tilltalade agerat påfallande hänsynslöst. I rättsfallet B 13098-00 faller man t.ex. den tilltalade för ett inomrelationellt övergrepp mot sitt nekande och huvudsakligen på grundval av målsägandens berättelse, men där har den tilltalade erkänt att han slagit målsäganden i huvudet ett flertal gånger (ett erkännande som får stöd av rättsintyg,) det är utrett i övrigt att den tilltalade led av en närmast sjuklig fixering av målsäganden, att den tilltalade regelmässigt och vid den aktuella tidpunkten nyttjade narkotika, samt att han strax efter det sexuella umgänget med målsäganden ringt upp hennes pojkvän och betett sig synnerligen hånfullt.¹⁴⁸ Ett sexuellt depraverat monster, kort sagt, som hängett sig åt betydande våldsanvändning och agerat påfallande hänsynslöst.

Det är naturligtvis inte så att *alla* domskäl rörande sexuellt våldförande *alltid* är en orgie i gravt misstroende gentemot målsäganden; det händer att man använder sig av Högsta Domstolens bevisvärderingsformel och konstaterar såsom skäl för fällande dom att ”inget har framkommit som ger anledning att anta att hon [målsäganden, min anm.] har anledning att beljuga [den tilltalade,]”¹⁴⁹ men det hör helt klart till *ovanligheterna* så länge åtalet rör våldtäkt eller sexuellt utnyttjande och den tilltalade nekar. Ett av dessa ovanliga fall är det tidigare nämnda s.k. ’Rohypnol – fallet?’ där omständigheterna i sak var följande: Det var ostridigt att de tre tilltalade hade haft upprepade, möjligen samtidiga, samlag med målsäganden. Målsägande påstod sig ha befunnit sig i hjälplöst tillstånd till följd av att de tilltalade drogat henne. De tilltalade däremot förnekade drogning och hävdade att målsäganden frivilligt deltagit i samlagen och gett aktivt uttryck för sitt samtycke därtill. Av skäl som i sammanhanget saknar intresse fanns ingen som helst teknisk bevisning för varken att droger eller tvång/våld använts. Det framfördes påståenden om att målsäganden drogats med något rohypnolliknande medel, men Tingsrätten menade att om ingen teknisk bevisning

¹⁴⁷ B 13555-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁴⁸ B 13098-00 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁴⁹ B 1326-00 Göteborgs Tingsrätt.

fanns som styrkte detta påstående kunde man inte utgå från att så varit fallet. Vad man således hade att gå på var parternas berättelser allena.¹⁵⁰

I domskälen för rätten ett resonemang som enligt min mening ligger väl i linje med den bevisvärderingsmetod Högsta Domstolen förespråkar. Man konstaterar att det

”framstår som orimligt att målsäganden skulle ha gett uttryck för en önskan att ha oskyddade vaginala och orala samlag med tre för henne okända män”¹⁵¹

vilket enligt min mening är ett uttryck för tankegången att de uppgifter målsäganden lämnat vid huvudförhandlingen

”i och för sig framstår som sannolika och inbördes förenliga, att berättelserna inte innehåller moment som ger anledning betvivla uppgifterna samt att dessa inte motsägs av annan utredning”¹⁵²

vilket ju enligt Högsta Domstolen är vad som krävs för fällande dom. Tingsrätten går sedan vidare med att konstatera att

”[De tilltalades] uppgifter präglas i vissa avseenden av en anmärkningsvärd brist på detaljrikedom

[...]

Uppgifterna om att målsäganden skulle ha varit sexuellt aktiv och dessutom gett uttryck för gillande framstår som schablonartade och osannolika”¹⁵³

vilket väl bör anses som ett uttalande med innebörden de tilltalades berättelser är av den karaktären att det *inte*

”förekommer något i förhören som utgör skäl för tvivelsmål beträffande [de från målsägande härrörande, min anm.] uppgifternas riktighet”¹⁵⁴

Värt att notera i det här fallet är dock att rättens ordförande reserverade sig mot fällande dom. Motiveringen var att de omvitnade beteendena (gruppsamlag, i kraftigt berusat tillstånd, med tre okända män) ”inte var i så hög grad abnormal”¹⁵⁵ att det *helt* kunde uteslutas att hon deltagit frivilligt. Den som borde vara *mest* bekant med prejudikaten var alltså densamme som *inte* resonerade i enighet med dem. Man frågar man sig vad som enligt ordföranden skulle krävts för att beteendena skulle anses vara *abnorma nog* att vittna om gruppvåldtäkt? Kvinnans berättelse var ju, trotsa allt, fri från motsägelser och uppenbara orimligheter. Krävs det 14 män, handbojor och piskor för att det skall vara tillräckligt ’abnormt’ att anses ’uteslutet’ att kvinnan deltog frivilligt?

¹⁵⁰ B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁵¹ B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁵² NJA 1993 s. 616.

¹⁵³ B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt.

¹⁵⁴ NJA 1993 s. 616.

¹⁵⁵ B 11799-99 Göteborgs Tingsrätt, reservantens anförande.

3.4. Delsammanfattning bevisvärderingen

*"Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat"*¹⁵⁶

I svensk straffrätt är det åklagaren som har den fulla bevisbördan för samtliga relevanta omständigheter, såväl avseende de subjektiva som de objektiva s.k. rekvisiten.¹⁵⁷ Å andra sidan råder såväl fri bevisföring som fri bevisvärdering,¹⁵⁸ vilket innebär att det i princip står domstolen fritt att värdera den bevisning som åklagaren framlägger. Den fullständiga friheten begränsas dock av att domstolen anses bunden att tillämpa den bevisvärderingsmetod som ger den säkraste slutsatsen, eftersom själva syftet med friheten är att komma fram till det korrekta resultatet.¹⁵⁹ Detta har av Högsta Domstolen tolkats som att det avseende de objektiva delarna skall vara "bortom varje tvivel"¹⁶⁰ att det tillgått som åklagaren hävdar. Vad gäller de subjektiva delarna däremot 'räcker det' att det föreligger "sannolika skäl"¹⁶¹ för att åklagarens påstående är i överensstämmelse med verkligheten.

För att inte domstolen skall få för sig att saker och ting är bevisade bortom varje rimligt tvivel på alltför lösa boliner finns även ett krav på att bevisningen skall vara 'robust.' Med 'robust' bevisning menas att utredningen är så fullständig att det rimligen inte kan tänkas existera någon icke förebringad bevisning som kunnat tala i annan riktning än vad åklagaren påstår. Hur omfattande en utredning skall vara för att betraktas som 'robust' beror på vad målets "beskaffenhet kräver."¹⁶² Enligt min mening är resonemang om den förevisade bevisningens 'robusthet' rena tramset. Kravet på att utredningen skall vara av den omfattning målets beskaffenhet kräver ryms nämligen väl inom kravet på att det skall vara ställt bortom varje rimligt tvivel att det åklagaren påstår är sant. Om utredningen är så bristfällig att det rimligen *kan* tänkas existera någon icke förebringad bevisning som kunnat tala i annan riktning än vad åklagaren påstår, då är det enligt min mening fullt tillräckligt att konstatera att det inte är ställt bortom varje rimligt tvivel att den tilltalade förfarit så som åklagaren påstår. Resonemang om bevisningens 'brist på robusthet' saknar självständig betydelse utöver att göra domskälen obegripliga för andra än jurister.

Nåväl, robusthet eller inte; det skall alltså vara ställt bortom varje rimligt tvivel att den tilltalade förfarit så som åklagaren påstår för att domstolen skall meddela fällande dom.. Åklagaren har den fulla bevisbördan. Härom råder såvitt jag kan bedöma saken samhälleligt konsensus av sällan skadat slag. Däremot råder stundtals stark delade meningar om *när* det är ställt bortom varje rimligt tvivel och hur man metodologiskt skall *gå till väga* för att uppnå denna grad av säkerhet.

Det förtjänar att understrykas att Högsta Domstolen *inte* använder sig av någon omvänd bevisbörda. Inget i analysen av praxis härrörande från Högsta Domstolen antyder att de *förutsätter* att den tilltalade är skyldig. Högsta Domstolen upprätthåller tydligt en strikt linje gentemot åklagaren att varje påstående om skuld skall bevisas av åklagaren. Påståenden serverade av mannen, om ursprungligt samtycke från kvinnans sida hanteras *däremot* som grund för ansvarsfrihet *på samma sätt som invändningar om putativt nödvärn*, när frågan gäller våldsbrott. Till blanka påståenden tas ingen hänsyn, åklagaren anses ha en 'lättad bevisbörda' såtillvida att den som gör ansvarsfrihetsgrunden, eller rättare sagt det bristande uppsåtet, gällande har att göra sitt påstående sannolikt. Då det, av naturliga skäl, är svårt att föra bevisning om vad man tänkt eller trott får man som tilltalad peka på *ytte omständigheter*

¹⁵⁶ RB 35:1 st. 1.

¹⁵⁷ Ekelöf Per Olof och Boman Robert, Rättegång fjärde häftet s 113.

¹⁵⁸ RB 35:1 st. 1.

¹⁵⁹ Diesen Christian, Bevisprövning i brottmål s 7.

¹⁶⁰ NJA 1980 s. 725 och NJA 1990 s. 555.

¹⁶¹ Diesen Christian, Bevisprövning i brottmål s 82 ff.

¹⁶² Diesen Christian, Bevisprövning i brottmål s 108 - 109.

som rent faktiskt skulle kunna tänkas leda till ett missförstånd hos den tilltalade. Gäller frågan putativt nödvärn får han förklara varför han trodde sig vara utsatt för pågående eller nära förestående brott, gäller frågan putativt samtycke (d.v.s. en argumentation på temat 'jag fattade inte att hon inte ville') får den tilltalade visa på omständigheter, exempelvis kvinnans beteende eller brist på beteende, som gör det sannolikt att mannen kan tänkas missförstått hur det förhöll sig med kvinnans vilja till sex.

Detta yttrar sig, i praktiken, på så sätt att i den mån en målsägande lämnar en redogörelse över händelseförloppet som är fri från motsägelser, inte direkt motsägs av förundersökningen eller den tekniska bevisningen, och som inte framstår som alltför osannolik till sitt innehåll, då åligger det den tilltalade, om han vill göra samtycke gällande, att påvisa sannolika skäl för att målsäganden skulle kunna ha ett intresse av att beljuga den tilltalade. Vill han göra putativt samtycke gällande måste han peka på omständigheter som gör missförståndet troligt, eller i vart fall inte obegripligt eller oacceptabelt. Kort sagt har Högsta Domstolen lagt sig till med en bevisprövningsmetod som gör det möjligt, om än inte särskilt lätt, att fälla en tilltalad mot sitt nekande.

När frågan gäller *vem* som begått en odiskutabelt brottslig gärning använder sig förvisso Tingsrätterna av en med Högsta Domstolens praxis väl överensstämmande metod för bevisvärdering. När frågan däremot gäller *vad* en viss misstänkt förövare gjort förefaller man använda sig av en metod som, jämfört med den metod Högsta Domstolen använder sig av, gör det *oacceptabelt svårt att fälla* en tilltalad. Någon lättad bevisbörda, så som Högsta Domstolen utgår från, förefaller inte tillämpas i Tingsrätterna. I Tingsrätterna åligger det således åklagaren att visa att det inte förekom något samtycke från kvinnans sida. Av naturliga skäl har åklagaren svårt att lyckas med detta i någon högre utsträckning.

Rent allmänt är det, även när man i Tingsrätterna behagar fälla den tilltalade, *konsekvent* så att man skriver in *ytterligare grunder* för fällande dom än att målsäganden är trovärdig berättat något och att inget skäl visats för att misstänka att hon beljugar den tilltalade; *i vart fall* nämns det att målsägandens "berättelse stöds av rättsmedicinska undersökningar"¹⁶³ eller, vilket faktiskt inte är helt ovanligt, att "[v]ad målsäganden uppget stöds också till mycket stor del av vad [den tilltalade] berättat."¹⁶⁴ Detsamma kan sägas om resonemangen kring 'självupplevelse.' Härigenom avviker således Tingsrättspraxis i sina domskälsskrivningar klart och tydligt från Högsta Domstolens praxis.

Å ena sidan kan det vara så att Tingsrätten uttalar sig konkret om vad åklagaren lyckats visa, men å andra sidan kan det vara ett tecken på att man från Tingsrättens sida är mer obenägen att sätta tilltro till målsägandens berättelse än vad Högsta Domstolen är. Detta yttrar sig i så fall i att man tillerkänner mannen/förövaren det större tolkningsföreträdet genom att man i högre grad utgår från dennes redogörelse. Därigenom gör Tingsrätterna det avgjort svårare fälla en tilltalad än vad Högsta Domstolen att funnit lämpligt vid avvägningen mellan rättssäkerheten och rättstryggheten.

Enligt min mening finns det anledning att oro sig över möjligheten att Tingsrätternas domskäl beskriver vad Tingsrätterna uppfattar som nödvändiga snarare än tillräckliga förutsättningar för fällande dom. De – förvisso fåtaliga – friande domarna jag kritiserat ovan är en antydning om att så skulle vara fallet.

¹⁶³ B 1478-00 Mölndals Tingsrätt

¹⁶⁴ B 1327-00 Göteborgs Tingsrätt.

4. En förklaringsmodell

*"Staten [är] bara ett maskineri som en klass använder för att förtrycka en annan, och detta lika mycket i den demokratiska republiken som i monarkin."*¹⁶⁵

*"Staten är manlig i feministisk mening: lagen betraktar och behandlar kvinnor på samma sätt som män betraktar och behandlar kvinnor."*¹⁶⁶

4.1. Den samlade effekten

*"Det var inte utan skäl som bourgeoisin under 1600- och 1700-talen skröt med sin sedlighet och självbelåtet framhöll skillnaden mellan sina familjedygder och karaktären hos den lastbara, lättsinniga adeln, som inte förstod den kapitalistiska ackumulationens väldiga sakrament och betraktade familjen inte som bevarare utan som förslösare av ackumulerade rikedomar."*¹⁶⁷

Vi har alltså vid det här laget kunnat finna systematiskt återkommande skillnader mellan domskälen i Tingsrättspraxis och i Högsta Domstolens praxis. Som arbetshypotes kommer jag i det fortsatta att förutsätta att de kvalitativa förändringar jag hissat varningsflagg för inträtt. Vad skillnaden beror på återstår dock att söka utröna.. Om man studerar vilka fall som skiljer sig åt i uppsåtsbedömningen och bevisvärderingen finner man en intressant korrelation mellan diskrepenskurvorna, som måhända kan ge oss en ledtråd. För uppsåtsbedömningen gäller att vid de renodlade överfallsvåldtäkterna råder relativt hög samstämmighet mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen,¹⁶⁸ för att via dolus von Seth – situationer där ytlig bekantskap föregått övergreppet kunna notera en viss diskrepens¹⁶⁹ och vidare till de mer utpräglade inomrelationella övergreppen där vi hamnar i tydlig diskrepens mellan Tingsrätten och Högsta Domstolen såtillvida att Tingsrätten uppvisar en påfallande obenägenhet att fastslå uppsåt.¹⁷⁰ Denna diskrepenskurva är likartad rörande bevisvärderingen; hög samstämmighet råder mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen rörande överfallsvåldtäkter i ena änden¹⁷¹ (där frågan handlar om *vem* som begått den självklart kriminella gärningen) och en notabel diskrepens gällande renodlade inomrelationella övergrepp i den andra änden¹⁷² (där frågan är *vad* som skett.)

Den samlade effekten av de två diskrepenskurvorna blir alltså entydig; ju mer närstående parterna är, desto mer ovillig är Tingsrätterna, jämfört med Högsta Domstolen, att fälla den tilltalade; endera för att den tilltalades agerande inte anses brottsligt (uppsåtsbedömningen) eller för att man inte anser sig vara säker på att något brottsligt ägt rum (bevisvärderingen.)

Som historiematerialistisk radikalfeminist förefaller det naturligt, (med tanke på kärnfamiljens centrala funktion som bärare av kapitalackumulationen över generationsgränserna),¹⁷³ att tolka detta som ett utslag av att Tingsrätten rent allmänt är obenägen att ingripa i sociala skeenden som kan komma att hota familjestabiliteten. Historiskt har ju som bekant kärnfamiljen byggt på familjefaderns/patriarkens allmakt.¹⁷⁴ Ingripanden i familjens 'inre angelägenheter' kan då komma att uppfattas som en genuin beredskap att på grundläggande nivå förändra familjens samhälleliga funktion. Men den förklaringen är

¹⁶⁵ Engels Friedrich, Inledning till Marx 'Inbördeskriget i Frankrike" citerad efter Pariskommunen – den första socialistiska revolutionen, redigerad av Isaksson Folke s 134.

¹⁶⁶ MacKinnon Catharina A., Toward a Feminist Theory of the State s 161 - 162 (egen översättning.)

¹⁶⁷ Kollontay Alexandra, Kvinnan och familjen s 13.

¹⁶⁸ Se ovan avsnitt 2.4. Uppsåt till sexualbrott – uppenbart

¹⁶⁹ Se ovan avsnitt 2.5. Dolus von Seth till våldförande

¹⁷⁰ Se ovan avsnitt 2.6. Direkt och indirekt uppsåt till sexualbrott – sedvanligt uppsåt

¹⁷¹ Se ovan avsnitt 3.2. Överfallsbrott

¹⁷² Se ovan avsnitt 3.3. Inomrelationellt sexuellt våldförande

¹⁷³ Kollontay Alexandra, Kvinnan och familjen.

¹⁷⁴ Kollontay Alexandra, Kvinnan och familjen.

otillräcklig; det är *en* sak att konstatera att svårighetsgraden att fälla en tilltalad är direkt proportionell mot graden av närhet mellan den tilltalade och målsäganden (vilket förefaller vara fallet även när Högsta Domstolen dömer,) det är *en annan* sak att förklara varför *skillnaden* i svårighetsgrad mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen är en funktion av parternas sociala närhetsgrad.

För att göra detta förståeligt behöver vi alltså konstruera en ny rättslig förklaringsmodell som innehåller en sådan analys av rättens inre funktionssätt att den kan sätta de rättsliga diskrepenskurvorna i ett begripligt juridiskt – socialt sammanhang

4.2. Det allmänna behovet av en ny förståelse av rätten

*"Det föreligger [...] under moderna förhållanden en växelverkan, ett ömsesidigt betingelseförhållande, mellan staten och rättsordningen. Den ena företeelsen kan icke finnas utan den andra."*¹⁷⁵

Vi har alltså funnit entydiga skillnader mellan Tingsrättspraxis och praxis i Högsta Domstolen. Vi har också kunnat konkludera att skillnaderna huvudsakligen förekommer i situationer som kan betecknas som inomrelationella, dvs i situationer då offer och förövare antingen har någon slags förhållande med varandra, eller då de kommit i kontakt med varandra under omständigheter där det typiskt sett inte är alldeles osannolikt att *det hade kunnat* vara fråga om ömsesidigt samtyckt samlag; krogragg, firmafester etc. Just dessa situationer är de situationer då 'vardagssexismen' yttrar sig som starkast. Att överfallsvåldtäkter är ett utslag av den allmänna patriarkala förtrycksstrukturen är givet, men historiskt har den bekämpats av rättsväsendet utan att förtrycksstrukturen *som sådan* rubbats. Detta har tillgått sålunda att man i det närmaste betraktat våldtäkten som en form av stöld eller rån där offret varit en annan man, nämligen kvinnans sexualitets 'rätte ägare.' När däremot kampen *för* jämlikhet och *mot* sexistiskt förtryck ledde fram till att kvinnan *själv* tillerkändes kontrollen över sin sexualitet ledde detta till att rättsapparaten olika nivåer började agera på *olika sätt* ställda inför samma situationer. Varför så blev fallet måste analyseras och i mån av möjlighet förklaras.

Den klassiskt historiematerialistiska beskrivningen av rättsapparaten är att den ingår i statens allmänna artilleri och att statens/lagstiftningens objektiva funktion är att befästa den rådande ekonomiska ordningen. Denna ordning befästes dels genom repression av samhällsomstörtande element, dels genom produktion av ideologi i form av föreställningen om statens legitimitet och rättsordningens etiska högtstående. Dock lämnas i allmänhet utrymme för insikten att överbyggnaden 'återverkar' på basen även om basen *ytterst sett* är styrande.¹⁷⁶

I allt väsentligt har de radikalfeministiska teoribildningarna ett med marxismen identiskt förhållningssätt gentemot staten och rättsapparaten. Enda skillnaden är att man utgår från sexuell tillgänglighet i stället för produktion av mervärdet, talar om kön i stället för klass, rent allmänt talar om 'genussytem' i stället för om 'kapitalism.'¹⁷⁷

I grund och botten betraktar jag visserligen dessa inställningar fullt korrekta. Problemet är bara att de inte på något särskilt nöjaktigt sätt förklarar *hur* överbyggnaden återverkar på basen. Dessutom är det en till felaktigheten gränsande förenkling att helt enkelt säga att rättsapparaten 'objektivt och ytterst sett' syftar till att tillgodose de privilegierade skiktens intressen. Ty har vi inte just funnit att rättsapparaten förhåller sig på olika sätt inför tydliga privilegiefrågor rörande sexualiteten, beroende på vilken nivå i rättsapparaten vi befinner oss? Det behövs alltså en ny, mer nyanserad förklaringsmodell till de rättsliga skeendena.

¹⁷⁵ Olivecrona Karl, Rättsordningen s 266.

¹⁷⁶ Engels Friedrich, Anti-Dühring.

¹⁷⁷ MacKinnon Catharina A., Toward a Feminist Theory of the State.

4.3. Rättspositivismens misslyckande

*"Genus, sexualitet och reproduktion måste ses som symboler, vilka liksom alla andra symboler ges mening av samhället ifråga."*¹⁷⁸

Den liberala och rättspositivistiska lärans kärna är att alla människor är *oberoende individer*, socialt autonoma varelser som "av naturen [äger] sitt liv, sin frihet, sin kropp, sina lemmar, sitt goda rykte, sin ära och sina handlingar"¹⁷⁹ och att man av det skälet besitter vissa eviga och okränkbara rättigheter – '*amongst these are life, liberty, and the pursuit of happiness.*' I den liberala kontexten uppskattar man att resonera om 'rättigheter.' Med 'rättighet' brukar, som jag nämnde tidigare, menas något i stil med "att ha ett anspråk på någon annan, vilket erkänns som giltigt av någon uppsättning handlingsdirigerande regler eller moraliska principer."¹⁸⁰ I juridiska sammanhang brukar med 'handlingsdirigerande regler' primärt avses lagstiftning. Domstolarnas objektiva samhällseliga funktion i den här diskursen är att upprätthålla respekten för dessa rättigheter genom att beivra kränkningarna av dem. Problemet med de liberala rättspositivistiska rättighetsanalyserna är dock att de tenderar att blunda för det faktum att människor *faktiskt* befinner sig i ojämlika positioner och behandlar dem inte bara som *normativt* jämlika utan dessutom (helt felaktigt) som *socialt* jämlika. Därigenom osynliggör man den faktiska förtrycksstrukturen. Socialt sett är nämligen inte män och kvinnor sexuellt jämlika. Män kan leva ut sin sexualitet, kvinnor som gör det stigmatiseras av sin omgivning och kallas 'horor,' män uppfattas och beskrivs i det samhällseligt kollektiva kommunikationen som sexuellt aktiva och dominanta, kvinnor som sexuellt passiva och underordnade. Kvinnor lever dessutom, till skillnad från män, under det ständigt närvarande och högst reella hotet om våldtäkt.

Åter visar det sig alltså att den positivistiska verklighetsbilden är blott och bart verklighetsfrämmande nonsens. Att behandla två parter, en målsägande och en tilltalad, som jämbördiga i en brottmålsprocess låter sig kanske göras i t.ex. ett fall rörande misshandel, där båda parter är män ur samma sociala samhällsskikt. Då 'störs' inte den rättsliga processen av futtiga realiteter som reell social ojämlikhet. I mål rörande sexuellt våldförande, där det närmast uteslutande förhåller sig så att förövaren (i vart fall typiskt sett) är en socio- sexuellt privilegierad man och offret en socio- sexuellt underprivilegierad kvinna, blir det således direkt avgörande *hur man uppfattar domstolens relation till de utomrättsliga sociala strukturerna*. Denna relation borde, om rättspositivismen hade haft något fog för sig, vara neutral och framför allt borde den vara enhetlig.

Eftersom domstolarna varken är neutrala eller enhetliga i sitt förhållningssätt till för sexuellt våldförande utsatta kvinnor tvingas vi dra slutsatsen att den bristande neutraliteten och den flagranta bristen på enhetlighet beror på något samhällseligt fenomen. Enligt *cunninghams razor* är som bekant den enklaste förklaringen vanligen den rätta; i det här fallet antyder således *cunninghams razor* att dessa två brister i rättssystemet beror på samma sak. Närmare bestämt förefaller det naturligt att anta att såväl den bristande neutraliteten som den bristande enhetligheten i rättssystemet beror på objektiva samhällseliga fenomen som utgör en del av det patriarkala förtryckssystemet. Låt oss därför ge oss i kast med att konstruera en på den historiematerialistiska radikalfeminismen grundad rättsteori som förklarar detta närmare.

¹⁷⁸ Thurén Britt - Marie & Sundman Kerstin, Kvinnor, män och andra sorter s. 23.

¹⁷⁹ Grotius Hugo, citerad enligt Simmonds Nigel, Juridiska principfrågor s 27.

¹⁸⁰ Feinberg Joel, The Nature and Value of Rights, citerad enligt Rights redigerad av Nino, Carlos s 200 (egen översättning.)

4.4. En historiematerialistiskt radikalfeministisk modell

*"Rätten måste ses som såväl ett uttryck för [samhälleliga, min anm.] maktrelationer som en viktig mekanism för att formalisera och styra sådana relationer."*¹⁸¹

Utomrättsliga föreställningar om könsroller och sexualitet inverkar på domstolarna i deras straffrättsliga bedömningar av sexualbrott. Samhällsekonomiska strukturer, som exempelvis det (ännu kvardröjande) samhälleliga behovet av bevarade kärnfamiljer, likaså. Så är det.¹⁸² Frågan är hur man väljer att hantera detta faktum i de rättsliga förklaringsmodellerna. Å ena sidan kan man enligt min mening inte bortse från statens (och därmed rättsordningens) grundläggande funktion att befästa och förstärka rådande sociala ojämlikheter.¹⁸³ Å andra sidan kan man dock inte heller bortse från att den rättsliga arenan stundtals används i, och måste förstås som ett utslag av, en social och politisk kamp för att minimera rådande sociala ojämlikheter.¹⁸⁴ Vidare måste man ha klart för sig att rättsordningen å ena sidan fyller funktionen av att lösa konkreta konflikter (i enskilda eller rader av enskilda processer.) Å andra sidan fyller rättsordningen även funktionen att skapa samhällelig ideologi.¹⁸⁵ Denna senare funktion uppfyller rättsväsendet genom att till samhällsmedborgarna förmedla allehanda föreställningar om hur olika intressekonflikter (exempelvis motsättningen rörande mäns intresse att utföra sexuella beteenden som kvinnor har ett intresse att undslippa) bör uppfattas och förstås, samt hur dessa intressekonflikter lämpligen bör lösas.

Den materiella rätten behöver inte med tvingande nödvändighet överensstämma fullständigt med den ideologiska rättsföreställningen på kollektiv nivå. Annorlunda uttryckt; det är en sak hur domstolarna faktiskt dömer, en annan hur medborgare tror att domstolar brukar döma. Man kan naturligtvis vara av den åsikten, att det är lämpligt att dessa två saker sammanfaller, men det är en oberoende omständighet, ett normativt ställningstagande. Vad man behöver ha i bakhuvudet är att det materiella rättsskapandet huvudsakligen äger rum i Tingsrätterna (eftersom de flesta fallen inte överklagas) medan det ideologiska rättsskapandet primärt äger rum i Högsta Domstolen (eftersom det bara är deras domar som är prejudicerande och förmedlas till medborgarna via media såsom förmedlare av den 'gällande rätten.' Domar från Tingsrätten däremot förmedlas däremot såsom 'tillämpning' av gällande rätt eller – möjligen – såsom varandes 'felaktiga' i betydelsen inte utgöra 'tillämpning.') I den mån praxis skiljer sig mellan Tingsrätterna och Högsta Domstolen, i den mån skillnader dem emellan är frekvent förekommande, kan detta alltså närmast vara att betrakta som ett utslag av en slags rättsväsendets interna arbetsfördelning.

Applicerat på den här uppsatsens huvudfråga; I de högre instanserna förefaller det vara så att rättsapparaten skapar och upprätthåller föreställningen om sexuallagstiftningen som en metod att säkerställa rätten till sexuell integritet, samtidigt som de lägre instanserna formaliserar befintliga sociala maktrelationer genom att döma 'mildare' än Högsta Domstolen och således, i praktiken, tillåta beteenden som, om den ideologiska föreställningen om sexuella rättssfärer hade fog för sig, vore att betrakta som otillåtna. Maktens två aspekter, praxis & föreställningen om praxis, behöver nämligen inte nödvändigtvis sammanfalla. Med tanke på att 'praxis' i sig är en föreställning om en (i någon mening) gällande rätt är skillnaden mellan praxis och föreställningen om praxis närmast esoterisk; om den förra handlar om en föreställning handlar den senare om föreställningen om andras föreställningar. I den mån dessa föreställningar inte sammanfaller beror det på att de reella, samhälleliga,

¹⁸¹ Cotterrell Roger, The Sociology of Law – An Introduction s 113 (egen översättning.)

¹⁸² Dietz Mary G., Context Is All: Feminism and Theories of Citizenship, refererad enligt Feminist Ethics, redigerad av Gatens Moira s 299 - 322.

¹⁸³ MacKinnon Catharine A., Toward a Feminist Theory of the State.

¹⁸⁴ Cotterrell Roger, The Sociology of Law – An Introduction s 110 ff.

¹⁸⁵ Allen Judith, Men, Crime and Criminology: Recasting the Questions, refererad enligt Gender, Crime and Feminism, redigerad av Naffine Ngaire s 99 - 119.

maktförhållandena är av sådan karaktär att stora skikt av befolkningen inte skulle acceptera dem som etiskt försvarbara, samtidigt som det är praktiskt ogörligt att förändra de sociala maktrelationerna eftersom mäktiga skikt av befolkningen (de som njuter frukterna av ojämlikheterna) inte skulle acceptera en förändring. I sådana lägen förefaller det alltså som om den materiella rätten (läs: bevarandet av de sociala ojämlikheterna) upprätthålls av underinstanserna och den ideologiska rätten (läs: föreställningen om rådande jämlikhet) av högsta instans. En intressant aspekt på fenomenet *praxisdiskrepens* är att underinstanserna i så fall är arena för politisk kamp för materiella förbättringar. I den mån denna politiska kamp är framgångsrik kan det således stundtals bli så att underinstanserna tvingas godta förändringar i den materiella verkligheten som går längre än vad samhällsideologin kräver. I sådana fall skulle *diskrepensförhållandet* stundtals vara det omvända, dvs när kampen för förbättringar spränger ideologins ramar kan Tingsrättspraxis bli etiskt mer högtstående än Högsta Domstolens praxis.

4.5. Kort historik

*”[E]n materialistisk analys av rätten måste understryka att rätten som föreställning är en dynamiskt historisk process [...]”*¹⁸⁶

Förklaringsmodellen som sådan, att underinstanserna fyller en delvis annorlunda samhällelig funktion är överinstanserna, håller alltså sträck oavsett utgången av föreliggande arbetes undersökningsobjekt. Min förklaringsmodell är å andra sidan bara meningsfull att använda om vi förhåller oss skeptiska till samhällets (och statsmaskineriets) intresse av att göra något åt det sexualiserade kvinnoförtrycket. Tillåt mig därför att illustrera varför tron på sexuallagstiftningen som en metod att säkerställa rätten till sexuell integritet är en verklighetsfrämmande myt.

1965 kriminaliseras hustruvåldtäkt. Det officiella skälet är just att även den gifta kvinnan har rätt till sexuell integritet.:

”En principiell nyhet i kommitténs förslag är att våldtäktsbrottet skall omfatta även det fall att parterna är gifta med varandra. Under remissbehandlingen har vissa invändningar riktats mot denna utvidgning av brottsområdet. Invändningarna synes ha visst fog för sig, men med hänsyn till kvinnans sexuella frihet förefaller det i princip oriktigt att från våldtäktsbrottet avgränsa det fall att make med våld eller hot om våld tilltvingar sig samlag med sin hustru.”¹⁸⁷

Sedan 30 år ägnade sig dock staten åt att tvångssterilisera ”arbetsskygga individer, t. ex. prostituerade, vagabonder m. fl.”¹⁸⁸ med hänvisning till att ”det obestridligen [är] önskvärt, att asociala individer av förevarande uppenbart själsligt defekta typ bli föremål för sterilisering i största möjliga utsträckning.”¹⁸⁹ Med individer menades i det här sammanhanget kvinnliga individer; Nils von Hofsten, som var zoolog och eugeniker, och som utgjorde ”en nyckelfigur”¹⁹⁰ för steriliseringslagstiftningen, konstaterade att första året steriliseringslagen var i kraft utgjordes 91 % av de steriliserade av kvinnor och att detta berodde på att det främst var den kvinnliga sexuella opålitligheten som ledde till att det föddes barn som krävde stora kommunala ekonomiska insatser.¹⁹¹ Visserligen talas det i 1934 års lag om ’samtycke’ som

¹⁸⁶ Kinsey Richard, *Marxism and the Law: Preliminary Analyses*, citerad enligt *Marxian Legal Theory*, redigerad av Varga Csaba s 251 (egen översättning.)

¹⁸⁷ Proposition 1962: 10 s B 158.

¹⁸⁸ SOU 1936: 46 s 27.

¹⁸⁹ A. bet. s 27.

¹⁹⁰ Broberg Gunnar & Tydén Mattias, *Oönskade i folkhemmet* s 50.

¹⁹¹ SOU 1936: 46 bilaga 1 s 5.

förutsättning för sterilisering men detta ansågs inte behöva vara ett helt *frivilligt* avgivet samtycke,¹⁹² man räknade nämligen med att kunna ”övervinna den motsträvighet som möjligen från början finns”¹⁹³ hos de sinnesslöa kvinnorna genom att tillgripa milt indirekt tvång. (Tydligen behövde det *juridiska* samtycket inte vara ’allvarligt menat’ i den *här* situationen för att befria de manliga läkarna från ansvar för brott!) Från och med 1941 kunde man hur som helst sterilisera kvinnor som ”på grund av rubbad själsverksamhet” saknade förmåga att lämna ett giltigt samtycke. Utmärkande för så kallad rubbad själsverksamhet var huvudsakligen ett ”fullkomligt ohämmat sexualliv.”¹⁹⁴ Här gäller alltså frågan tvångssteriliseringar, och de här reglerna var i kraft fram till 1976, alltså hela 10 år efter att det ’principiella genombrottet’ rörande kvinnors sexuella integritet skulle ha ägt rum.

Jag har svårt att föreställa mig något *mer* integritetskränkande än att få sitt sexualliv bedömt som ’fullkomligt ohämmat’ och av det skälet bli tvångssteriliserad. Det framstår således som *osannolikt* att det verkligen var respekten för kvinnans sexuella integritet som föranledde en kriminalisering av hustruvåldtäkt mitt under rasande steriliseringshysteri. *Däremot* framstår det som naturligt att förutsätta att det fråga om samhällseliga nyttoaspekter när man beslöt kriminalisera hustruvåldtäkter. Påtvingade inomäktenskapliga samlag måste förstås som sammanhängande med det problem man ansåg sig försöka lösa med tvångssteriliseringslagstiftningen, att det föddes för många barn i de ’lägre skikten.’

”I icke obetydlig utsträckning förekomma nämligen fall, då hustrun genom upprepade barnsbörder – måhända i förening med missförhållanden inom hemmet beroende på alkoholism eller annan asocialitet hos mannen – blivit så försvagad att sterilisering med hänsyn till hennes hälsa synes motiverad för att förskona henne från nya barnsbörder, utan att likväl eugenisk indikation eller annan olämplighet att vårda barn är för handen.”¹⁹⁵

Under hela den relevanta perioden (1935 – 1976) styrs lagstiftarens agerande av ett uttalat intresse av att det föds färre barn. Det framstår således, enligt min mening, som naturligt att utgå från att beslutet att kriminalisera inomäktenskapliga våldtäkter *även det* bottnade i åsikten att de lägre sociala skikten borde skaffa färre barn. Ekvationen ser således ut på följande sätt: Färre våldtäkter + Fler steriliseringar = Färre graviditeter. Vid den här tiden krävde samhällsnyttan att kvinnor, även gifta kvinnor, skulle förmås att förvärvsarbeta, man betonade starkt ”betydelsen av aktiva insatser i syfte att bättre tillvarata den kvinnliga arbetskraften”¹⁹⁶ och då gick det inte för sig att kvinnor var hemma med barnen mer än nödvändigt.

Kriminaliseringen av hustruvåldtäkter ägde rum 1965, alltså före preventivmedlens och aborternas introduktion i samhällslivet. När preventivmedel/aborter däremot blev sociala realiteter framställs de som ett fullgott alternativ till sterilisering i syfte att undvika graviditeter.¹⁹⁷ (Den tidiga svenska kvinnorörelsen motsatte sig just detta eftersom graviditetsskydd skulle beröva kvinnan hennes enda ’legitima’ anledning att säga nej.¹⁹⁸) Frågan om sterilisering kontra preventivmedel/aborter ses alltså som en fråga om hur man från samhällets sida mest *praktiskt* skall begränsa mängden födda barn. Färre inomäktenskapliga våldtäkter måste förstås som *en kompletteringsmetod* i detta syfte. På något annat sätt går det inte att förstå det samlade agerandet från lagstiftarens sida. Ännu så

¹⁹² Stjernberg Nils, Svens Juristtidning 1930 s 143, refererad enligt Maciej Zaremba, De rena och de andra s 222.

¹⁹³ Proposition 1934: 103 s 28.

¹⁹⁴ SOU 1936: 46 s 27 - 28.

¹⁹⁵ Proposition 1941: 13 s 26.

¹⁹⁶ SOU 1962: 10 s 97.

¹⁹⁷ SOU 1974: 25 s 82 - 83.

¹⁹⁸ Stahlman Bengt, Könnsrollernas maskerad s 372 - 373.

sent som 1976 kan nämligen lagstiftaren, samma lagstiftare som påstås vurma för kvinnans sexuella integritet redan så tidigt som 1965, på fullt allvar hävda följande:

”[O]ffer och gärningsman spelar ett spel gentemot varandra, vilket leder fram till brottet [våldtäkt, min anm.] Vem som är den skyldige och vem som är den oskyldige är svårt att avgöra, då man inte är insatt i de olika spelturerna. Skulden är troligtvis jämt fördelad, då brottet inte skulle kunna ske utan den andres medverkan.”¹⁹⁹

Det hela går inte ihop på något annat sätt än att vi tvingas anta att grunden, den materiella grunden som styrde tänkandet, för kriminaliseringen av hustruvåldtäkter var samhällsintresset av färre födda barn. Den liberala, rättspositivistiska, teorin om en sexuell rättssfär hade inget med saken att göra.

Jag vill understryka att det här inte är någon slags konspirationsteori. Jag utgår från att enskilda lagstiftare och enskilda domare menar väl och efter bästa och oantastliga förstånd försöker skapa en bättre värld. Hela problemet handlar om sociala tendenser. ”Man kan inte gärna behandla moral och rätt utan att komma in på frågan om den s.k. fria viljan”²⁰⁰ och jag är fast övertygad om att varje individ som inte är medveten om vilka sociala tendenser han eller hon utsätts för har en undermedveten predisposition att agera i enighet med dessa sociala tendenser. Endast medvetandegjorda aktörer kan frigöra sig från det sociala trycket. Och den sociala tendensen att betrakta den kvinnliga sexualiteten som något vars existensberättigande ligger i att vara tillgänglig för mannens behov och önskemål är gammal. Mycket gammal.

4.6. Längre tillbaka

*”När man diskuterar kvinnors sexualitet är det viktigt att vara medveten om att det är extremt svårt att undvika att samtidigt tala om äktenskap, kärlek, familj och barn.”*²⁰¹

Den sociala tendensen att betrakta den kvinnliga sexualiteten som något som tillhör ’hennes’ man yttrade sig i det gamla Babylonien i den socio- sexuella föreställningen att mannen *ägde* kvinnans sexualitet, varvid den rättsliga omtolkningen av våldtäktsskeendet behandlade våldtäkt som en form av egendomsförstörelse.²⁰² Också i den tidiga judiska kulturen var det fadern eller den äkta maken som ägde kvinnans sexualitet; i en av världens mest spridda lagböcker, närmare bestämt Gamla Testamentet, kan man läsa att en kvinnas löfte om avhållsamhet är bindande endast om det är frivilligt avgivet inför maken/fadern och *denne godtar löftet*.²⁰³ Föreställningen att mannen ägde kvinnans sexualitet sammanhängde intimt med föreställningen om en en gång för alla given ’naturlig’ skillnad mellan män och kvinnor. Enligt judisk folktro ansågs t.ex. skillnader i manligt och kvinnligt beteende bero på att mannen skapades av jord och kvinnan av ben.²⁰⁴

Från att under antiken ha varit ett brott mot mannen övergår under feodalismen våldtäkten till att bli ett brott mot samhällsordningen. Från att ha likställts med egendomsbrott likställs våldtäkten nu med horsbrott, sida vid sida med det frivilliga utomäktenskapliga sexuella umgänget.²⁰⁵ Begreppet våldtäkt fyllde under den här tiden, så vitt jag förstår saken, närmast funktionen av *ansvarsfrihetsgrund för kvinnan* (med begreppet ’ansvarsfrihetsgrund’ förstått i den mening det används i dagens brottsbalk.) Detta sammanhängde med att ”[i] det

¹⁹⁹ SOU 1976: 9.

²⁰⁰ Engels Friedrich, Anti-dühring s 155.

²⁰¹ Smart Carol, Law, Crime and Sexuality s 55 (egen översättning.)

²⁰² Weitz Rose, The politics of Women’s Bodies s 2 ff.

²⁰³ Fjärde moseboken 30:4 – 9.

²⁰⁴ Ginzberg Louise, The Legends of the Jews volume one s 67.

²⁰⁵ Thomson Arthur, Otidigt sänglag.

ekonomiskt system som grundade sig på feodalherrens ägande av marken och bondens fjättran vid marken utgjordes det typiska bondehushållet av ett stycke mark, lagom för syftet att föda en familj och 'reproducera' sig."²⁰⁶ Om reproduktionen hotades riskerade samhället helt enkelt att störta samman. De samhällsekonomiska grunderna samverkade (inte oväntat) med en officiell sexuell samhällsideologi; Kyrkan "vände sig mot *all sex som inte var barnalstrande* [kursiv i original.]"²⁰⁷

4.7. Delsammanfattning förklaringsmodellen

"I [... urtillståndet ...] rådde oinskränkt könsumgänge inom stammen, så att varje kvinna lika mycket tillhörde varje man och varje man lika mycket varje kvinna."²⁰⁸

I urtillståndet förekom inga strukturella förtrycksmekanismer, och detta ändrades först när människan lyckades bemästra naturen i sådan utsträckning att ekonomins grundstruktur övergick från jordbruk/jakt till hantverksekonomi/bytesekonomi. Via bytet av hantverk uppstod en profit som måste fördelas, och fördelningen, som tog sig formen av privatvinst för den enskilde hantverkaren, måste legitimeras och regleras i lag. Framför allt måste det ackumulerade kapitalets fortbestånd över generationsgränserna säkerställas. Det var i detta sammanhang, då *egendom* för första gången skapades, som patriarkatet föddes.²⁰⁹ Här förenas, menar jag, marxismens tes om den ursprungliga ackumulationen med feminismens tes om patriarkatets födelse. Karl Marx behandlar frågan om den ursprungliga ackumulationen som en fråga om våld, förtryck och stöld,²¹⁰ en karakteristik som passar synnerligen väl in på även patriarkatets förhållande till kvinnor.

Alltsedan dess har det förekommit sociala konflikter varför det funnits ett objektivt behov av en statsapparat som upprätthåller den samhälleliga ordningen. "Det mest karaktäristiska, det som principiellt skiljer staten från sammanslutningar av annan art, det består i att staten är vapenbärande. [...] På det hela taget hålls [dock] den fysiska tvångsmakten i bakgrunden. [...] Främst fattas den alltså som en ideell makt, vars bud verkar förpliktande."²¹¹ Kort sagt; staten upprätthåller den materiella rätten samtidigt som den skapar en ideologisk föreställning om den materiella rättens högtstående moraliska värde. Statens verktyg för detta är rättsapparaten och då främst domstolarna. I situationer då det råder sociala motsättningar finns en samhällelig tendens till diskrepens mellan materiell och ideologisk rätt, vilket alltså yttrar sig i att Tingsrätterna dömer annorlunda än Högsta Domstolen. Den sociala tendensen till diskrepens är dock inte oundviklig; i den mån de rättsliga aktörerna är *medvetna om verklighetens allmänna karaktär* och är klara över vilka moraliska och samhälleliga värderingar som utgör deras egna drivkrafter kan den rättsliga arenan användas för politisk kamp i syfte att skapa en materiell verklighet som sammanfaller med den ideologiska verkligheten, om så anses önskvärt. I den situationen att det materiella dömandet (av normativa skäl) är att föredra framför Högsta Domstolens ideologiska dömande tillgår kampen på likartat sätt, men så att säga omvänt; den rättspolitiskt medvetne legalstrategen söker förmå de högre instanserna att anpassa den ideologiska rätten till en, normativt sett, mera lämplig materiell verklighet.

Min förklaringsmodell har fördelen att vara konkret nog att ge entydiga svar på klara frågor samtidigt som den är universell nog att tillämpas på vilket rättsområde som helst som rör spörsmål präglade av sociala intresse motsättningar. Jur. Kandidaterna Anna Hagstad och Jens

²⁰⁶ Kula Witold, *An Economic Theory of the Feudal System* s 62 (egen översättning.)

²⁰⁷ Carlin Norah, Varför förtrycks homosexuella citerad enligt tidsskriften *Fjärde Internationalen* nummer 2/95.

²⁰⁸ Engels Friedrich, *Familjens, privategendomens, och statens ursprung* s 40.

²⁰⁹ Riffkin Janet, refererad enligt Smart Carol, *Law, Crime and Sexuality* s 168.

²¹⁰ Marx Karl, *Kapitalet första boken* s 628 - 629.

²¹¹ Olivecrona Karl, *Rättsordningen* s 262 - 267.

Västberg har t.ex. i sin tillämparuppsats visat att de s.k. 'kravalldomarna 2001' kraftigt avvek från HD – praxis, och att detta berodde på politiska skäl.²¹² Utifrån min förklaringsmodell är det begripligt; i ett kapitalistiskt samhälle med demokratisk ideologisk överbyggnad är det Tingsrätternas uppgift att rädda kapitalismen undan antikapitalistiska meningsyttringar och Högsta Domstolens uppgift att bevara tron på demokratin. Därav följer oundvikligen diskrepenser i hanteringen av påstådda våldsamma upplöpp.

Mig veterligen har ingen rättsvetenskapare tidigare uttryckligen formulerat denna tankegång. Jag anser dock att den följer av tidigare rättsvetenskapares bidrag den vetenskapliga förståelsen av rätten som samhällelig företeelse. Jag har endast sammanställt tidigare mästares banbrytande upptäckter och dragit de logiska slutsatserna.

²¹² Hagstad Anna och Västberg Jens, Vårdeneutral rättstillämpning?

5. Sammanfattning och slutsats

*"Inom vår [...] familjetyper har vi den auktoritativa mäktiga maken och fadern som stöds av samhället. Vi har också en ekonomisk organisation, enligt vilken han är familjeförsörjaren som – åtminstone teoretiskt – bestämmer över fördelningen av familjens konsumtion."*²¹³

5.1. Frekventa diskrepanser

*"Kriminalisering är detsamma som att hota med straff, och poängen härmed skulle gå förlorad, om det inte förutsattes att hotet har åtminstone någon verkan."*²¹⁴

Jag har i den här uppsatsen kunnat visa på frekventa diskrepanser mellan Tingsrätternas och Högsta Domstolens praxis gällande uppsåtsbedömningen och bevisvärderingen i brottmål rörande påstådd våldtäkt. Även om diskrepanserna inte är *överdrivet* tydliga är de *tillräckligt* tydliga att föranleda *misstanken* att (det är möjligt att) Tingsrätterna och Högsta Domstolen 'tillämpar' regelverket olika. Vi har också kunnat ana oss till att diskrepanserna blir större ju tätare relation parterna har haft innan det påstådda övergreppet ägde rum; vid de rena överfallsvåldtäkterna förekommer ingen nämnvärd diskrepans men vid de renodlade inomrelationella övergreppen är diskrepansen mera tydlig. Diskrepansen tar sig vidare, har vi sett, formen av en påfallande ovilja (jämfört med Högsta Domstolen) att döma den tilltalade.

Vi har vidare kunnat konstruerat (ansatsen till) en förklaringsmodell – den historiematerialistiskt radikalfeministiska förklaringsmodellen – som säger oss att anledningen till detta är att Högsta Domstolens samhälleligt objektiva funktion är att producera ideologi – föreställningen att även inomrelationella våldtäkter beivras av rättsapparaten – medan Tingsrättens samhälleligt objektiva funktion är att befästa den rådande samhällsordningen i materiellt hänseende – mäns rätt till sexuell tillgänglighet från kvinnan inom ramen för en stadigvarande relation – vilket oundvikligen skapar diskrepanser när frågan gäller brott som är kopplade till politiskt kontroversiella sociala motsättningar på kollektiv nivå.

Oundvikligen? Nej, inte riktigt – om man medvetandegör de rättsliga aktörerna kan även Tingsrätterna börja döma på ett med samhällsideologin och Högsta Domstolens praxis förenligt sätt – detta förutsätter dock att man erkänner att domstolarna i sin dömande verksamhet inte 'tillämpar' någon 'gällande rätt' utan gör normativa ställningstaganden. Arbetet med att medvetandegöra rättsprocessens aktörer är centralt, ty så länge Tingsrättspraxis ser ut som den gör, utgör straffhotet för våldtäkt inget 'verkligt' hot i de presumtiva våldtäktsmännens ögon.

5.2. Något om vårdslösa våldtäkter

*"[D]en som inte rimligen kan klandras för sin gärning skall inte straffas."*²¹⁵

Det sätt varpå Tingsrätterna dömer är enligt min mening ett problem eftersom de i praktiken försvårar det allmänna arbetet mot könsförtryck och sexuell underordning. Avseende bevisvärderingen har jag i nuläget inga konkreta förslag på hur man skall komma tillrätta med Tingsrätternas arbetssätt, i en rättsordning grundad på den fria bevisvärderingens princip skulle det möjligen framstå som en anakronism att lagstiftningsvägen förändra underinstansernas arbetssätt i denna fråga.

Gällande uppsåtsbedömningen finns det dock ett sätt att med ett relativt enkelt juridiskt handgrepp lösa problemet. Man skulle kunna införa ett allmänt *vårdslöshetsansvar* som inte endast avser kvinnans ålder utan även inkluderar förekomsten av samtycke till sex. Detta

²¹³ Malinowski Bronislaw, Sex och tabu i ett primitivt samhälle s 23.

²¹⁴ Zila Josef & Jareborg Nils, Straffrättens påföljdslära s 76.

²¹⁵ Zila Josef & Jareborg Nils, Straffrättens påföljdslära s 67.

förutsätter givetvis att man är av den åsikten att sexuell samlevnad typiskt sett syftar till att tillfredsställa båda parternas sexualitet, snarare än att kvinnor antas 'leverera' sexuell tillgänglighet till mannens fromma. Ur det perspektivet vore en vårdslöshetskriminalisering en långtgående politisk förskjutning till förmån för ett mer jämlikt samhälle. Det heterosexuella penetrerande samlaget är den institution varpå patriarkatets maktutövning vilar,²¹⁶ Anne Koedt har till exempel visat att till och med föreställningen om den vaginala orgasmens allenaordande saliggörande fyller funktionen av patriarkalt heterosexuellt normerande myt,²¹⁷ och hela detta sexuella tanke-system skulle rubbas i sina grundvalar om man faktiskt ålade den sexuellt intresserade mannen att aktivt undersöka om kvinnan var positivt intresserad av sexuell umgänge.²¹⁸

Ett vårdslöshetsansvar vore dock allt annat än en främmande fågel i den svenska sexuallagstiftningen; som vi konstaterade tidigare finns det tecken på att Högsta Domstolen faktiskt tillämpar uppsåtsrekvisitet på ett sätt som i praktiken kan leda till bestraffning av män som förfarit (tillräckligt) vårdslöst i förhållande till (det bristande) samtycket.²¹⁹ Den dubbla fördelen med att lagstifta om ett vårdslöshetsansvar rörande samtycket vore att man *för det första* skulle kodifiera en, normativt sett, god rättsutveckling och *för det andra* att man skulle undanröja den formalistiska spärr mot fällande dom som Tingsrätterna hänger upp sig på. Krävdes det inte längre uppsåt i förhållande till det bristande samtycket utan det 'räckte' med ett culpöst förhållningssätt skulle man på så sätt 'tvinga' Tingsrätterna att sluta 'bluddra' om vad den tilltalade insåg eller inte insåg; det vore nog att konstatera att den tilltalade *borde* insett att målsäganden inte samtyckte. Återigen förtjänar det att påpekas att frågan alltså inte i så fall blir vad kvinnan 'signalerade' eller inte; fokus hamnar på huruvida mannen aktivt undersökte förekomsten av samtycke eller inte. Fokus sätts alltså på brottslingens agerande, inte på brottsoffrets. Den som är vårdslös kan nämligen klandras – och bör sålunda straffas. Det etiskt berättigade i en vårdslöshetskriminalisering skulle kunna sammanfattas i en enda mening, i en enda enkel fråga;

Är det verkligen för mycket begärt att kräva av män att de *frågar först*, i stället för att låta dem *förutsätta* samtycke, presumera samtycke, fram till dess att de möts av ett nej?

5.3. Slutord – förslag till ny paragraf

*"[Det är rättsvetenskapsmannens] uppgift är att genom sin analys och argumentering försöka åstadkomma förnuftiga lösningar på problemen."*²²⁰

Brottsbalken Kapitel 6 § 3a

Den som, utan att våldtäkt eller sexuellt utnyttjande är för handen, haft sexuell umgänge med annan utan att, i den omfattning som bort ske, försökt ta reda på om samtycke till det sexuella umgänget förelåg, döms för *sexuellt våldförande* till fängelse i högst fyra år.

Om den som begått gärningen visat särskild hänsynslöshet eller om brottet annars är att anse som grovt, döms för *grovt sexuellt våldförande* till fängelse, lägst sex månader och högst sex år.

²¹⁶ Atkinson Ti - Grace, The Institution of Sexual Intercourse refererad enligt Douglas, Carole Anne, Love and Politics; Radical Feminism and Lesbian Theories s 131 ff.

²¹⁷ Koedt Anne, The myth of the Vaginal Orgasm refererad enligt Jeffreys Sheila Anticlimax: A Feminist Perspective on the Sexual Revolution s 231.

²¹⁸ Dworkin Andrea, Pornography: Men Possessing Women.

²¹⁹ NJA 1997 s. 538.

²²⁰ Hydén Håkan, Rättssociologi som rättsvetenskap, sid 27

6. Källförteckning

6.1. Lagtext och förarbeten

BrB 1:a, 6:e och 24:e kapitlen

RB 30:e och 35:e kapitlet

Proposition 1 934: 103	Förslag till lag om sterilisering
Proposition 1 941: 13	Förslag till ändring i lag om sterilisering
Proposition 1 962: 10	Förslag till brottsbalk
Proposition 1 983/84: 105	Förslag till ändringar i brottsbalken
SFS 1 941: 282	Lag om sterilisering
SOU 1 923: 9	Förslag till strafflag
SOU 1 936: 46	Betänkande angående sterilisering
SOU 1 962: 10	svensk ekonomi 1960 – 1965
SOU 1 974: 25	Fri sterilisering
SOU 1 976: 9	Sexuella övergrepp – Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott
SOU 1 984: 63	Homosexuella och samhället
SOU 1 992: 84	Ersättning för kränkning genom brott
SOU 1 995: 15	Könshandeln
SOU 2 001: 14	Sexualbrotten – Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor

6.2. Domar från Högsta Domstolen

NJA 1 898 B 288
NJA 1 909 s. 61
NJA 1 919 s. 367
NJA 1 942 s. 358
NJA 1 980 s. 725
NJA 1 986 s. 127
NJA 1 986 s. 414
NJA 1 990 s. 555
NJA 1 991 s. 83
NJA 1 993 s. 310
NJA 1 993 s. 616
NJA 1 994 s. 268
NJA 1 996 s. 176
NJA 1 997 s. 538

6.3. Domar från Hovrätten

RH 1 991: 124
RH 1 994: 93
RH 1 997: 52

6.4. Refererade Tingsrättsdomar

Göteborgs Tingsrätt

B 12664-98
B 11558-99
B 11799-99
B 1326-00
B 1327-00
B 6492-00
B 7648-00
B 13098-00
B 13555-00
B 3860-01

Stenungsunds TR

B 68-01

Möndals Tingsrätt

B 509-99
B 2402-99
B 819-00
B 1206-00
B 1478-00
B 1571-00
B 2115-00

6.5. Icke refererade Tingsrättsdomar

(Fall med barn som målsägande)

Göteborgs Tingsrätt

B 5553-00
B 10663-00

Stenungsunds TR

B 571-99
B 1318-99
B 290-00
B 1071-00
B 1386-00

Möndals Tingsrätt

B 420-99
B 1550-97

6.6. Litteratur

- Andersson Perry Övergången från antiken till feodalismen
A/Z förlag, Lund 1995
- Anners Erik Humanitet och Rationalism
*Rättshistoriskt bibliotek band 10, Skrifter utgivna av
Institutet för rättshistorisk forskning, Carl Bloms
Boktryckeri A-B, Lund 1965*
- Bagemihl Bruce Biological Exuberance
Profile Books Ltd, London 1999
- Bartlett Katharine & Kennedy Roseanne Feminist Legal Theory
Westview Press, San Francisco 1991
- Bauman Zygmunt Auschwitz och det moderna samhället
Bokförlaget Daidalos, Uddevalla 1991
- Belfrage Bertil & Stille Leif Filosofi och rättsvetenskap
Bokförlaget Doxa, Lund 1975
- Blom Birgitta m.fl. Karnov – 97/98 band två
Fakta Informationsförlag, Stockholm 1997
- Broberg Gunnar & Tydén Mattias Öönskade i folkhemmet
Gidlunds förlag, Värnamo 1991
- Campbell Tom Sju teorier om samhället
Akademilitteratur, Värnamo 1986
- Cavallin Samuel Skuld
Iustus Förlag AB, Uppsala 1999
- Cotterrell Roger The Sociology of Law – An Introduction
Butterworths, London 1992
- Diesen Christian Bevisprövning i brottmål
Juristförlaget, Stockholm 1994
- Douglas, Carole Anne Love and Politics; Radical Feminism and Lesbian
Theories
ism press, San Francisco 1990
- Dworkin Andrea Pornography: Men Possessing Women
G. P. Putnam Press, New York 1979
- Dworkin Ronald A Matter of Principle
Clarendon Press, Oxford 1986
- Ekelöf Per Olof och Boman Robert Rättegång första häftet
Nordstedts Juridik, Lund 1997
Rättegång fjärde häftet
Nodstedts Juridik, Stockholm 1992
- Engels Friedrich Anti-Dühring
Arbetarkulturs förlag, Stockholm 1955
Familjens, privategendomens, och statens ursprung
Arbetarkulturs förlag, Stockholm 1969
- Finnis John Natural Law I
*The International Library of Essays in Law and
Legal Theory, Dartmouth Publishing Company
Limited, Chippenham 1991*
- Gatens Moira Feminist Ethics
*The International Library of Philosophy, Dartmouth
Publishing Company Limited, Aldershot 1998*

Ginzberg Louise	The legends of the Jews volume one <i>The John Hopkins Press, Baltimore 1998</i>
Glavå Mats	Arbetsbrist och kravet på saklig grund <i>Nordstedts tryckeri, Stockholm 1999</i>
Hekmat Mansoor	Den internationella situationen och läget för kommunismen – våra skiljaktigheter <i>Irans arbetarkommunistiska partis utlands- organisation – Sverige, Göteborg 2002</i>
Holmqvist Lena m. fl.	Brottsbalken – En kommentar del ett, 8:e upplagan <i>Novum Grafiska AB, Göteborg 2000</i>
Hughes Gordon m. fl.	Crime Prevention and Community Safety <i>SAGE Publications, London 2002</i>
Hydén Håkan,	Rättssociologi som rättsvetenskap <i>Sociologiska Institutionen vid Lunds Universitet, Lund 1998</i>
Isaksson Folke	Pariskommunen – den första socialistiska revolutionen <i>Boktryckeri AB Thule, Stockholm 1971</i>
Jareborg Nils	Straffrättens gärningslära <i>Fritzes förlag AB, Malmö 1995</i>
Jeffner Stina	”Liksom våldtäkt, typ” Om betydelsen av kön och heterosexualitet för ungdomars förståelse av våldtäkt <i>Department of Sociology, Uppsala University, Sweden, 1997.</i>
Jeffreys Sheila	Anticlimax: A Feminist Perspective on the Sexual Revolution <i>Womens Press Ltd, London 1990</i>
Jori Mario	Legal Positivism <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth Publishing Company Limited, Cambridge 1992</i>
Kollontay Alexandra	Kvinnan och familjen <i>Gidlunds förlag, Lund 1976</i> Kvinnans ställning i den ekonomiska samhälls- utvecklingen <i>Gidlunds förlag, Finland 1972</i>
Kula Witold	An Economic Theory of the Feudal System <i>Verso, Norfolk 1987</i>
Lehrberg Bert	Praktisk juridisk metod <i>Iustus förlag AB, Uppsala 1996</i>
Leijonhufvud Madeleine & Wennberg Suzanne	Straffansvar <i>Nordstedts Tryckeri, Stockholm 1997</i>
MacKinnon Catherine A	Feminism Unmodified <i>Harvard University Press, USA 1987</i> Toward a Feminist Theory of the State <i>Harvard University Press, USA 1989</i>
Malinowski Bronislaw	Sex och tabu i ett primitivt samhälle <i>Rabén & Sjögren, Skara 1968</i>

Marx Karl	Kapitalet band ett <i>Bo Cavefors Bokförlag, Uddevalla 1970</i> Kapitalet band tre <i>Bo Cavefors Bokförlag, Leipzig 1978</i>
Naffine Ngaite	Gender, Crime and Feminism <i>The International Library of Criminology, Criminal Justice & Penology, Dartmouth Publishing Company Limited, Cambridge 1995</i>
Newman, James R	Sigma – En matematikens kulturhistoria band 3 <i>Victor Pettersons Bokindustri AB, Stockholm 1959</i>
Nino Carlos	Rights <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth Publishing Company Limited, Cambridge 1992</i>
Olivecrona Karl	Bevisskyldigheten och den materiella rätten <i>Almqvist & Wiksells boktryckeri A-B, Uppsala 1930</i> Rättegången i brottmål enligt RB <i>P.A Nordstedt & söners förlag, Lund 1961</i> Rättsordningen <i>Bröderna Ekstrands Boktryckeri AB, Lund 1976</i>
Olsen Frances E	Feminist Legal Theory I <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, New York University Press, New York 1995</i>
Patterson Dennis	Postmodernism and Law <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth Publishing Company Limited, Cambridge 1994</i>
Peczenik Aleksander	Vad är rätt? <i>Fritzes Förlag AB, Göteborg 1995</i>
Rokumoto Kahei	Sociological Theories of Law <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth Publishing Company Limited, Great Yarmoth 1994</i>
ROKS	Sexuella övergrepp mot kvinnor och flickor <i>Williamssons AB, Solna 1997</i>
Seidman Steven	Queer Theory/Sociology <i>Blackwell Publishers, Cambridge 1996</i>
Simmonds Nigel	Juridiska principfrågor <i>Norstedts Juridik, Stockholm 1988</i>
Smart Carol	Feminism and the Power of Law <i>Routledge, London 1989</i> Law, Crime and Sexuality <i>SAGE Publications, London 1995</i>
Stahlman Bengt	Könsrollernas maskerad <i>Studentlitteratur, Lund 1998</i>
Strömholm Stig	Rätt, rättskällor och rättstillämpning <i>Norstedts Juridik, Stockholm 1988</i>

Strömmerstedt Monica	Med vett och vilja? <i>Juristförlaget, Stockholm 1987</i>
Svensson Eva-Maria	Genus och Rätt – en problematisering av föreställningen om rätten <i>Iustus Förlag AB, Uppsala 1997.</i>
Thomson Arthur	Otidigt sängelag <i>Rättshistoriskt bibliotek band 9, Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning, Carl Bloms Boktryckeri A-B, Lund 1966</i>
Thurén Britt-Marie & Sundman Kerstin	Kvinnor, män och andra sorter, <i>Carlssons Bokförlag, Bjärnum 1997</i>
Trotskyj Leo	Till marxismens försvar <i>Bokförlaget Röda Rummet, Stockholm 1983</i> The Spanish Revolution (1931 – 39) <i>Pathfinder Press, New York 1998</i>
Varga Csaba	Marxian Legal Theory <i>The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth Publishing Company Limited, Great Yarmoth 1993</i>
Weitz Rose	The Politics of Women's bodies <i>Oxford University Press, Oxford 1998</i>
West Cornel	The Ethical Dimensions of Marxist Thought <i>Monthly Review Press, New York 1991</i>
Wood Ellen Meiksins & Foster John Bellamy	In Defense of history – Marxism and the postmodern agenda <i>Monthly Review Press, New York 1997</i>
Zaremba Maciej	De rena och de andra <i>Bokförlaget DN, Finland 1999</i>
Zila Josef & Jareborg Nils	Straffrättens påföljdslära <i>Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000</i>

6.7. Tidskrifter

Anarkistisk tidskrift	Nummer 10
Juridisk Tidskrift	1997/98
Tidskriften Fjärde Internationalen	Nummer 2/95
Tidskriften Röda Rummet	Nummer 3-4/2002

6.8. Övrigt

Bibeln	Bo Giertz översättning
Hagstad Anna & Västberg Jens	Värdeneutral rättstillämpning? En studie av det juridiska efterspelet till Göteborgskravallerna 2001 <i>Tillämparuppsats i juridik, Stockholms Universitet, vårterminen 2002</i>
Textkompendium i Rättsvetenskap ht 1999	Juridiska Institutionen vid Göteborgs Universitet Göteborg 1999